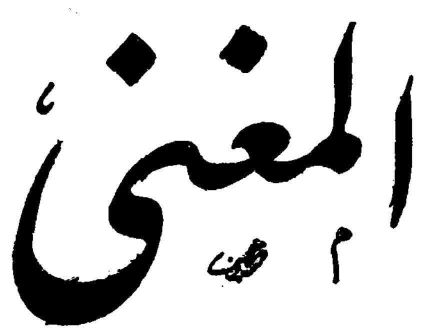
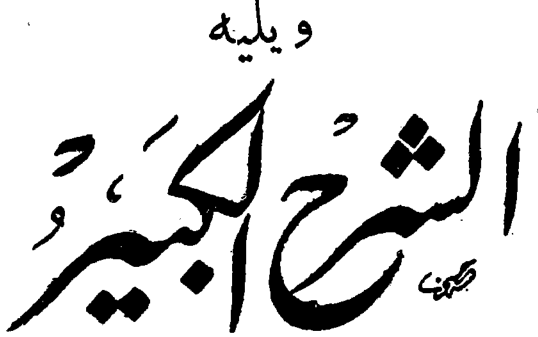


تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه



على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد
ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم



تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي مزدوج

أعاد طبعه بنفقته وأشرف على تصحيحه

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

• البيع مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للاخذ والاعطاء، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة، وقال بعض أصحابنا هو الايجاب والقبول إذا تضمن عينين للتمليك، وهو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة منه ودخول عقود سوى البيع فيه، والبيع جائز بالكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) وروى البخاري عن ابن عباس قال: كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الاسلام تأثموا فيه فأنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج، وعن

بسم الله الرحمن الرحيم

(وبه نستعين)

كتاب البيع (*)

البيع مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والاعطاء، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) وقوله (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الاسلام تأثموا فيه فانزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج، وعن ابن الزبير نحوه رواه البخاري، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم

(*) ليعلم أن كتاب البيع في الشرح الكبير متأخر عن موضعه هنا فقدمناه لاجل موافقته للمغني للاستفادة من الكتابين قراءة ومراجعة

الزبير نحوه ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » متفق عليه وروى رفاعة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يامعشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم اليه فقال « ان التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وروى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « التاجر الصدوق الامين مع النبيين والصديقين والشهداء » قال الترمذي هذا حديث حسن في أحاديث كثيرة سوى هذه ، وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لايبذله بغير عوض ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته

(فصل) والبيع على ضربين (أحدهما) الايجاب والقبول فالايجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل عليهما ، والقبول أن يقول اشتريت أو قبلت ونحوهما ، فان تقدم القبول على الايجاب بلفظ الماضي فقال ابتعت منك فقال بعتك صح لان لفظ الايجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الايجاب ، وان تقدم بلفظ الطلب فقال بعني ثوبك فقال بعتك ففيه روايتان (احداهما) يصح كذلك وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لايصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب ، وحكى أبو الخطاب فيما اذا تقدم بلفظ الماضي روايتين أيضا

« البيعان بالخيار مالم يتفرقا » متفق عليه ، وروى رفاعة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم الى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يامعشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم اليه فقال « ان التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح في أحاديث كثيرة سوى هذه ، واجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله صاحبه بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما الى غرضه ودفع حاجته

﴿ مسئلة ﴾ (وله صورتان (إحداهما) الايجاب والقبول . فالايجاب ان يقول البائع بعتك أو ملكتك أو نحوها ، والقبول أن يقول المشتري ابتعت أو قبلت أو مافي معناهما فان تقدم القبول الايجاب جاز في احدى الروايتين)

إذا تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضي كقوله ابتعت منك فقال بعتك صح في أصح الروايتين لان لفظ القبول والايجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فيصح كما لو تقدم الايجاب (والثانية) لايصح لانه عقد معاوضة فلم يصح مع تقدم القبول كالنكاح ولان القبول مبني على الايجاب فاذا لم يتقدم الايجاب فقد أتى بالقبول في غير محله فوجوده كعدمه ، فان تقدم بلفظ الطلب فقال : بعني ثوبك بكذا فقال بعتك ففيه روايتان أيضا (احداهما) يصح لما ذكرنا وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لايصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال . نص عليه احمد

فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل ان يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال نص عليه احمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء

(الضرب الثاني) المعاطاة مثل أن يقول اعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه احمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم . قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء ، وحكي عن القاضي مثل هذا قال يصح في الاشياء اليسيرة دون الكبيرة ، ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح الا بالايجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا

ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولان البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما وبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول. ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ، ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ، ولان البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخف حكمه

وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لان ذلك ليس بقبول ولا استدعاء

﴿ مسئلة ﴾ (وان تراخى القبول عن الايجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه والا فلا) لان حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه ، فان تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لان العقد انما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام الا به

﴿ مسئلة ﴾ (الثانية المعاطاة) وهو أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه ، وقال القاضي لا يصح هذا الا في الشيء اليسير نص احمد على صحة هذا البيع فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء : وهو قول القاضي لان العرف انما جرى به في الشيء اليسير ومذهب الشافعي أن البيع لا يصح الا بايجاب وقبول ، وذهب بعض أصحابه الى مثل قولنا

ولنا أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز والتفريق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولان البيع كان موجوداً بينهم معلوما عندهم . وانما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعاً ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ولان البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الايجاب والقبول لبينه النبي صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخف حكمه لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيراً واكلهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك

لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولان الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك اجماعا ، وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه ، وقد أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه . وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتي بطعام سأل عنه «أهدية أم صدقة؟» فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ، وان قيل هدية ضرب بيده وأكل معهم ، وفي حديث سلمان حين جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل . ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب ، وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ، وفي أكثر الاخبار لم ينقل ايجاب ولا قبول وليس الا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته ، ولو كان الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراضي فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ولان الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل انكاره قبل مخالفينا فكان اجماعاً ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

(فصل) وكذلك الحكم فى الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة فانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة . متفق عليه وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتي بطعام سأل عنه « أهدية أم صدقة ؟ » فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل وان قيل هدية ضرب بيده فأكل معهم . وفي حديث سلمان رضي الله عنه حين جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ولو كان الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أموالهم محرمة وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع الا بشروط سبعة (أحدها) التراضي به وهو أن يأتيا به اختياراً لقول الله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فان كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط الا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه فيصح لانه قول حمل عليه بحق فصح كاسلام المرتد)

(فصل) (الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد) فلا يصح من غير عاقل

﴿خيار المتبايعين﴾

أي باب خيار المتبايعين فحذف اختصارا

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان البيع يقع جائزاً ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ماداما مجتمعين لم يتفرقا وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأي : يلزم العقد بالايجاب والقبول ولاخيار لهما لانه روي عن عمر رضي الله عنه :البيع صفقة أو خيار . ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع . ولنا ماروى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ،فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » رواه الائمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برزة الاسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيدالله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم ،وهو صريح في حكم المسئلة .وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده . وقال الشافعي رحمه الله : لاأدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً ؟ وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث فان قيل المراد بالتفرق ههنا التفرق بالاقوال كما قال الله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي

كالطفل والمجنون والمبرسم والسكران والنائم لانه قول يعتبر له الرضى فلم يصح من غير عاقل كالاقرار وسواء أذن له وليه أو لم يأذن (فأما الصبي المميز والسفيه فيصح تصرفهما باذن وليهما) في احدى الروايتين (ولا يصح بغير اذنهما إلا في الشيء اليسير)

يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في احدى الروايتين.وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف فأشبه غير المميز ، ولان العقل لايمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه وتزايده تزايداً خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) معناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل تغبن أولا ولانه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه باذن وليه كالعبد ، وفارق غير المميز فانه لاتحصل له المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ،وقولهم ان العقل لايمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بتصرفاته وجريانها على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط لدفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فاما إن تصرف بغير اذن وليه

على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالاقوال والاعتقادات . قلنا هذا باطل لوجوه (منها) ان اللفظ لا يحتمل ماقالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد انما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم انهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار » فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما وقال « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع »(الرابع) انه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير ابي برزة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه . وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه فانه قد روي عنه ابو اسحاق الجوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ماقالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر اذا بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على ان قول عمر ليس بحجة اذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ،ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولان في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله ووهاء ماذكره المخالف في مقابلته والله أعلم

(الفصل الثاني) أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ولا خلاف في لزومه بعد التفرق والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا لان الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل ذلك على انه أراد مايعرفه الناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء

لم يصح تصرفه الا في الشيء اليسير ، وكذلك تصرف غير المميز لما روي أن أبا الدرداء رضي الله عنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة وهو مبني على تصرف الفضولي وسنذكره ان شاء الله تعالى ، وكذلك الحكم في تصرف السفيه باذن وليه فيه روايتان (احداهما) يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح وقياسا على الصبي المميز ،يحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فههنا أولى بالصحة ولاننا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثانية) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا اذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع مايساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهاتين ويصح تصرفه في الشيء اليسير كالصبي

(فصل) (الثالث : أن يكون المبيع مالا وهو مافيه منفعة مباحة لغير ضرورة)

(فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبذره والنحل منفرداً وفي كواراته) قوله لغير ضرورة احتراز من الميتة والمحرمات التي تباح في حال المخمصة والخمر يباح دفع اللقمة بها ، فكل عين مملوكة يجوز اقتناؤها والانتفاع بها في غير حال الضرورة يجوز بيعها إلا ما استثناه الشرع كالكلب وأم الولد والوقف لان الملك سبب إطلاق التصرف ،والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلا اليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيح نفعه، وسواء في ذلك ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة

فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات وقيل هو أن يبعد منه بحيث لايسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الابدان فقال اذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا . وروى مسلم عن نافع قال : فكان ابن عمر اذا بايع فأراد أن لايقيله مشى هنيهة ثم رجع . وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت أو نحو ذلك ، فان كانا في دار صغيرة فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه وان كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى وان كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي ، فان كان المشتري هو البائع مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من مال نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لان الافتراق لا يمكن ههنا لكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه علماه أو جهلاه، لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لانه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما ستراً أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا فالخيار بحاله، وان طالت المدة لعدم التفرق وروى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي الرضي قال :غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه اليه فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار

الانعام والخيل والصيود أو مختلفا في نجاسته كالبغل والحمار لا نعلم في ذلك خلافا ، ويجوز بيع الجحش الصغير والفهد الصغير وفرخ البازي إذا قلنا بجواز بيعها لانه ينتفع به في المال فأشبه طفل العبيد

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبذره وقال أبو حنيفة إن كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا لانه لاينتفع بعينه فهو كالحشرات وقيل لا يجوز بيع بذره ، ولنا أنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك مايخرج منه أشبه البهائم ولان الدود وبذره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب ، وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهائم التي لايحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلا فان نفع هذه كثير لان الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يحصل منها

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع ، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة كما ذكر في دود القز ، ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام ، واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لايجوز لانه لايمكن مشاهدتها جميعها ولانها لاتخلو من عسل يكون مبيعامعها وهو مجهول. وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها منفردة عنها فانه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته، وخفاء بعضه لايمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فان بعضه يكون على بعض فلايشاهد إلاظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان، فان لم يمكن مشاهدته لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

مالم يتفرقا » ما أراكما افترقتما .فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ولانه لايعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه كما لو علق عليه الطلاق ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى قول من لايرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ويكون الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه فيه الاكراه حتى يفارقه، وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما لان كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه ،وذكر ابن عقيل من صور الاكراه ما لو رأيا سبعاً أو ظالما خشياه فهربا فزعا منه أو حملهما سيل أوفرقت ريح بينهما

(فصل) وان خرس أحدهما قامت اشارته مقام لفظه فان لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الاب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي. وان مات أحدهما بطل خياره لانه قد تعذر منه الخيار والخيار لايورث وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضا لانه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم ، ويحتمل أن لا يبطل لان التفرق بالابدان لم يحصل فان حمل الميت بطل الخيار لان الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً

(فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له ان يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه النسائي والاثرم والترمذي وقال حديث حسن. وقوله الا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فانه لا يلزم بتفرقهما ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتا بعد تفرقهما، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه ان لا يكون بينهما فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق ، وظاهر

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها كالتي تعلق على صاحب الكلف فيمص الدم والديدان التي تترك في الشص فتصاد بها السمك وجهان : أصحهما جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (والثاني) لايجوز بيعها لانها لا ينتفع بها إلا نادراً فاشبهت مالا نفع فيه .

(مسئلة) (ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الخرقي . والاخرى لايجوز اختارها أبو بكر)

يجوز بيع الهر وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي،وعن أحمد أنه كره ثمنها وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر ابن زيد اختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور رواه أبو داود

ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فجاز بيعه كالبغل والحمار ،ويمكن حمل الحديث على غير المملوك منها وعلى ما لا نفع فيه منها بدليل ما ذكرنا

(فصل) ويجوز بيع الفيل وسباع البهائم والطير الذي يصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والعقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغة وأشباه ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر عبدالعزيز وابن أبي موسى لا يجوز بيع الفهد والصقر والفيل ونحوها لانها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب

الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فانه ذكر له فعل ابن عمرو وحديث عمرو بن شعيب فقال هـذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر، وذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لان ابن عمر كان اذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه متفق عليه، والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر والظاهر ان ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

(الفصل الثالث) ان ظاهر كلام الخرقي ان الخيار يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده وهو احدى الروايتين عن أحمد لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» من غير تقييد ولا تخصيص هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة وأكثر الروايات عن عبدالله بن عمر (والرواية الثانية) أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو أصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر «فان خير احدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» يعني لزم وفي لفظ «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» متفق عليه . والأخذ بالزيادة أولى والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد ، فالتخاير في ابتدائه ان يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الاخر على ذلك فلا يكون لهما خيار والتخاير بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد أو الزامه أو اخترت العقد أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فاسقط احدهما خياره دون الآخر. وقال أصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء

ولنا انه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبغل والحمار وما ذكروه يبطل بالبغل والحمار وحكمهما حكم سباع البهائم فى الطهارة والنجاسة واباحة الاقتناء والانتفاع .

فأما الكلب فان الشرع توعد على اقتنائه وحرمه إلا في حال الحاجة فصارت اباحته ثابتة بطريق الضرورة ولان الاصل اباحة البيع لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) حرم منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا فيبقى على أصل الاباحة ، فان كان الفهد والصقر ونحوها ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه لعدم النفع به، وإن أمكن تعليمه جاز بيعه لأن مآله الى الانتفاع أشبه الجحش الصغير فأما مايصاد عليه كالبومة التي يجعل عليها شباشاً ليجمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه

(فصل) فأما بيض مالا يؤكل لحمه من الطير فان لم يكن فيه نفع لم يجز بيعه طاهراً كان أو نجسا وان كان ينتفع به بأن يصير فرخا وكان طاهراً جاز بيعه لانه طاهر منتفع به أشبه أصله ، وان كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لايجوز بيعه لنجاسته وكونه لاينتفع به في الحال وما ذكر ملغى بفرخه وبالجحش الصغير

(فصل) قال أحمد رحمه الله أكره بيع القرد . قال ابن عقيل هـذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به لحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لانه كالصقر وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا

(مسئلة)(ويجوز بيع العبد المرتد والمريض وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان)

العقد قولان أظهرهما لا يقطع الخيار لانه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام « فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « الا أن يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار وجب البيع » وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ماخالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنا للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك فان سبب الخيار البيع المطلق فاما البيع مع التخاير فليس بسبب له ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه. وأما الشفيع فانه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسئلتنا ، فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الاخر شيئا فالساكت منهما على خياره لانه لم يوجد منه ما يبطل خياره ، وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري وأبو داود والنسائي ولانه جعل لصاحبه ماملكه من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئا، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار والاول أولى لظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره، ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا انما كان اسقاطا فسقط

حكم بيع المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه ، وبيعه جائز لان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام ولانه مملوك منتفع به ، وخشية هلاكه لا تمنع صحة بيعه كالمريض فانا لا نعلم خلافا في صحة بيع المريض

(فصل) ويصح بيع العبد الجاني في أصح الوجهين سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس أو مادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن. بل حق الجناية آكد لانها تقدم على حق المرتهن . ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق ثبت بغير رضى سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالعتق ، وان كان الحق قصاصا فهو يرجى سلامته ويخشى تلفه وذلك لا يمنع كالمريض ، أما الرهن فان الحق متعلق فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره

(فصل) فاما القاتل في المحاربة فان تاب قبل القدرة عليه فهو كالجاني وان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ، ولانه يمكنه الانتفاع به إلى حين قتله ، ويعتقه فيجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمريض المأيوس من برئه ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه تحتم قتله واتلافه واذهاب ماليته وحرم ابقاؤه فصار بمنزلة مالا ينتفع به من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد رمق أو إطعام كلب ، والاولى أصح فانه كان محلا للبيع والاصل بقاء ذلك فيه وانحتام إتلافه لا يجعله تالفا بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان تلفت السلعة أو كان عبدا فأعتقه المشتري أو مات بطل الخيار)

أما اذا تلفت السلعة في مدة الخيار فلا يخلو إما أن تكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع وكان من مال البائع ولا أعلم في هذا خلافا الا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان، وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه فظاهر المذهب انه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض. وأما ان تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان (احداهما) يبطل وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لانه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب اذا تلف المعيب (والرواية الثانية) لا يبطل وللبائع أن يفسخ ويطالب المشتري بقيمته وهذا اختيار القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» ولانه خيار فسخ فلم يبطل بتلف

أحكام الموتى له من إرث ماله ونفوذ وصيته وغيرها، ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت إلا بدليل ولا نص فيه ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم يكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا الحكم يمكن زواله لزوال مايثبت به من الرجوع عن الاقرار والرجوع من الشهود ولو لم يمكن زواله فأكثر مافيه تحقق تلفه، وهذا يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز

(فصل) فاما بيع لبن الآدميات فرويت الكراهة فيه عن أحمد، واختلف أصحابنا في جوازه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي. وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه جزء من آدمي فلم يجز بيعه أشبه سائر أجزائه. والاول أصح لانه طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ولانه يجوز أخذ العوض عنه في اجارة الظئر فأشبه المنافع ويفارق العرق فانه لانفع فيه. ولذلك لايباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة. وانما حرم بيع الحر لانه غير مملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لانفع فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وابداله روايتان)

قال احمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها. وقال الشراء أهون. وممن كره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق. قال ابن عمر وددت أن الايدي تقطع في بيعها. وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهي رواية عن احمد لانه منتفع به فأشبه سائر كتب العلم، وهل يكره شراؤه وابداله ؟ على روايتين ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لان البيع يقع على الورق والجلد وبيعه مباح

ولنا قول الصحابة ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم، ولانه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانته عن البيع والابتذال (١) أما الشراء فهو أسهل لانه استنقاذ للمصحف وبذل لماله فيه فجاز كما جاز شراء رباع مكة واستئجار دورها ولم ير بيعها ولا أخذ اجرتها، وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لايكره مع كراهية كسبه والرواية الاخرى يكره لان المقصود منه كلام الله تعالى فيجب صيانته عن الابتذال وفي جواز شرائه التسبب إلى ذلك والمعونة عليه، ولا يجوز بيعه لكافر فان اشتراه فالبيع باطل وبه

(١) يقول الاخرون ان المبتذل ما لا يباع وانفس الجواهر تباع وان بيعه يسهل على الناس الانتفاع به وتعميم هدايته وكتبه محمد رشيد رضا

المبيع كما لو اشترى ثوبا بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فانه يرده ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا وأما اذا أعتقه المشتري فان خياره يبطل لانه أتلفه وفي بطلان خيار البائع روايتان كما لو تلف المبيع. وخيار المجلس وخيار الشرط في هذا كله سواء

قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يجوز ويجبر على بيعه لانه أهل للشراء والمصحف محل ، له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر مالا يجوز بيعه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله ايديهم، فلا يجوز تمكينهم من التوسل إلى نيل أيديهم اياه

(مسألة) (ولا يجوز بيع الحشرات ولا الميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد)

لا يجوز بيع الميتة ولا الخنزير ولا الدم . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الميتة والخمر والخنزير والاصنام » متفق عليه ولا يجوز بيع مالا نفع فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد كالاسد والذئب ، ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الابقع وغراب البين وبيضها لانه لا نفع فيه فأخذ ثمنه أكل للمال بالباطل ولانه ليس فيها نفع مباح أشبهت الخنزير

(مسألة) (ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لا نعلم فيه خلافا في المذهب)

وبه قال الحسن وربيعة. وحماد والشافعي وداود ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي وأجاز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ ثمنها ، وعنه لا يجوز بيع الكلب العقور واختلف أصحاب مالك فقال قوم لا يجوز . وقال قوم يجوز بيع الكلب المأذون في امساكه ويكره لما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور الا كلب الصيد ولانه يباح الانتفاع به . ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار

ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه وعن رافع بن خديج قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثمن الكلب خبيث » رواه مسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فاملؤا كفه ترابا رواه أبو داود ولانه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة أشبه الخنزير ، وأما حديثهم فقال الترمذي لا يصح اسناد هذا الحديث . وقال الدار قطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف

(فصل) ولا يحل قتل الكلب المعلم لانه محل منتفع به مباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة . ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم قتله . ولنا أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير . وانما حرم اتلافه لما فيه من الاضرار وهو منهي عنه . فاما قتله مالا يباح امساكه من الكلاب فان كان أسود بهيما أبيح قتله لانه شيطان كما جاء في حديث أبي ذر ولما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لولا أن الكلاب أمة من الامم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل أسود بهيم » وكذلك يباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ويقتل كل واحد من هذين وان كان

(فصل) ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك بطل خياره كاعتاق العبد وكتابته وبيعه وهبته ووطء الجارية أو مباشرتها أو لمسها لشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة

معلما لما ذكرنا من الحديثين. وعلى قياس الكلب العقور كل ماآذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتله ولانه يؤذي بلا نفع أشبه الذئب وما لا مضرة فيه لا يباح قتله للخبر المذكور . وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال « عليكم بالاسود البهيم ذي النقطتين فانه شيطان » رواه مسلم

(فصل) ويحرم اقتناء الكلاب الا كلب الصيد والماشية والحرث لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من اتخذ كلباً الا كلب ماشية أو صيد أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » متفق عليه . وان اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ، ويحتمل الاباحة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه في معنى الثلاثة والاول أصح لان قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما تناول أول الخبر تحريمه. قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتال اللص باخراجه بشيء يطعمه إياه ليسرق المتاع، أما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولان اقتناءه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) ويجوز تربية الجرو الصغير لاحد الثلاثة في أقوى الوجهين لانه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما جاز بيع الجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لمآله الى الانتفاع ولانه لو لم يتخذ الصغير لما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلماً إلا بالتعلم ولا يمكن تعلمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم . والثاني لا يجوز لانه ليس من الثلاثة

(فصل) ومن اقتنى كلب صيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لان ذلك لا يمكن التحرز منه ، وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه أبيح اقتناؤه حتى يزرع زرعا آخر ، وكذلك لو هلكت ماشيته أوباعها وهو يريد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها ، فان اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لاستثنائه في الخبر مطلقا واحتمل المنع لانه اقتناه من غير حاجة أشبه غيره من الكلاب، ومعنى كلب الصيد أي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثا أوماشية إن حصلت أو يصيد به ان احتاج الى الصيد وليس في الحال حرث ولا ماشية، ويحتمل الجواز لقصده ذلك كما لو حصد الزرع وأراد زرع غيره

《مسئلة》 (ولا يجوز بيع السرجين النجس) وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز ولان أهل الامصار يبتاعونه لزرعهم من غير نكير فكان اجماعا

ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وماذكروه ليس باجماع لان الاجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد ولانه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها لا نعلم في ذلك خلافا وقد روى البخاري باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره »

《مسئلة》 (ولا يجوز بيع الادهان النجسة)

لحاجته أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع وفصل منه فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع ويبطل به خياره لان الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء وبدلالته ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها الزوج من وطئها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، فاما ركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدرطحنها وحلب

في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لان أكله حرام لا نعلم فيه خلافا لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال «ان كان مائعا فلا تقربوه» من المسند وإذا كان حراما لم يجز بيعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «إن الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه» ولانه نجس فلم يجز بيعه قياسا على شحم الميتة وعنه يجوز بيعه لكافر يعلم نجاستها لانه يعتقدحلها ويستبيح أكلها ولانه قد روي عن أبي موسي لتوا به السويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه ، والصحيح الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا ثمنها، ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » متفق عليه . ولانه لايجوز بيعها من مسلم فلا يجوز بيعها لكافر كالخمر والخنزير فانهم يعتقدون حله ولا يجوز بيعه لهم ولانه دهن نجس فلم يجز بيعه لكافر كشحوم الميتة . قال شيخنا ويجوز أن يدفع الى الكافر في فكاك مسلم ويعلم الكافر بنجاسته لانه ليس ببيع في الحقيقة انما هو استنقاذ المسلم به

﴿مسئلة﴾ (وفي جواز الاستصباح بها روايتان ويخرج على ذلك جواز بيعها)

اختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت النجس فروي عنه انه لايجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم في السمن الذي ماتت فيه الفأرة « وان كان مائعاً فلا تقربوه »ولان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال « لا،هوحرام » متفق عليه . وهذا في معناه وهو قول ابن المنذر وعنه اباحته لان ذلك يروى عن ابن عمر وهو قول الشافعي لانه أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالطاهر وهذا اختيار الخرقي ، فعلى هذا يستصبح به على وجه لا تتعدى نجاسته إما أن يجعل في ابريق ويصب منه في المصباح ولا يمس وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجا مثقوبا ويطبقه على رأس اناء الزيت ، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملأ السراج وما أشبه هذا ، وعلى قياس هذا كل انتفاع لا يفضي الى التنجيس بها يجوز ويتخرج على جواز الاستصباح به جواز بيعه وهكذا ذكره أبو الخطاب لانه يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فجاز بيعه كالبغل والحمار، وهل تطهر بالغسل فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى ، واذا قلنا تطهر بالغسل فالقياس يقتضي جواز بيعها لانها عين نجسة تطهر بالغسل أشبهت الثوب النجس . وكره أحمد رحمه الله أن تدهن بها الجلود وقال تجعل منها الاسقية ، ونقل عن ابن عمر انه يدهن بها الجلود وعجب أحمد من هذا فيحتمل أن يحمل على مالا تتعدى نجاسته كالنعال كما قلنا في جلود الميتة

(فصل) فأما شحوم الميتة وشحم الكلب والخنزير فلا يجوز الاستصباح به ولا الانتفاع به في جلود ولا سفن ولا غيرها لما ذكرنا من الحديث ، واذا استصبح بالزيت النجس فاجتمع من دخانه شيء فهو نجس لانه جزء منه،والنجاسة لا تطهر بالاستحالة فان علق بشيء عفي عن يسيره لمشقة التحرز عنه وإن كثر لم يعف عنه

(فصل) ولا يجوز بيع الترياق الذي فيه لحوم الحيات لان نفعه انما يحصل بالاكل وهومحرم فخلا

الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فليس برضا بالمبيع ولا يبطل خياره لان ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختيار المبيع وذكر أبو الخطاب وجها في أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل الا

من نفع مباح فلم يجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الأفاعي، فأما سم النبات فان كان لا ينتفع به أو يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم نفعه ، وان أمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لانه طاهر منتفع به

﴿فصل﴾ (الرابع أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه فان باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح وعنه يصح ويقف على اجازة المالك)

اذا اشترى بعين مال غيره أو باع ماله بغير اذنه ففيه روايتان (إحداهما) لا يصح البيع وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) يصح البيع والشراء ويقف على إجازة المالك فان أجازه نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل وهو قول مالك وإسحاق وبه قال أبو حنيفة في البيع . فأما الشراء فيقع للمشتري عنده بكل حال لما روى عروة بن الجعد البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة وأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه ابن ماجه والأثرم ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فصح وقفه على اجازته كالوصية بزيادة على الثلث

ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني مالا يملك لانه ذكره جوابا له حين سأله انه يبيع الشيء ويمضي ويشتريه ويسلمه . ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع مالا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء . فأما الوصية فيتأخر فيها القبول عن الايجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرر مالا يجوز في البيع ، وحديث عروة نحمله على ان وكالته كانت مطلقة بدليل انه يسلم ويستلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فان أجازه من اشترى له ملكه وإلا لزم من اشتراه)

اذا اشترى في ذمته لانسان شيئاً بغير اذنه صح لانه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الغير أو لا لأن الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا انه اذا اشترى ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل ، وان خرج مغصوباً لم يبطل العقد وانما وقف الأمر على اجازة الآخر لانه قصد الشراء له فان أجازه لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشتراه

(فصل) وإن باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم مالو باعها بغير اذنه في قول الاكثرين منهم أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي قال ابن أبي ليلى سكوته اقرار لانه يدل على الرضا كسكوت البكر في الاذن في النكاح . ولنا ان السكوت محتمل فلم يكن إذنا كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك موجوداً هاهنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع مالا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه رواية واحدة)

وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم ان الرجل يأتيني يلتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فاشتريه ثم أبيعه منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » حديث حسن صحيح ولانه يبيع مالا يقدر على تسليمه أشبه بيع الطير في الهواء

بالتصريح بالرضا ولا يصح لان هذا يتضمن إجازة البيع ويدل على الرضا به فبطل به الخيار كصريح القول ولان التصريح انما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحـوها إلا المساكن وأرضاً من العراق فتحت صلحاً وهي الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم تقدر مدتها لعموم المصلحة فيها)

لا يجوز بيع شيء من الارض الموقوفة ولا شراؤه كأرض الشام ونحوها في ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم ، وروي ذلك عن عبد الله ابن مغفل وقبيصة بن ذؤيب وميمون بن مهران والاوزاعي ومالك وأبي اسحاق الفزاري . قال الاوزاعي لم تزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية ويكرهه علماؤهم ، وقال : أجمع رأي عمر وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهروا على أهل الشام على اقرار أهل القرى في قراهم على ما كان بأيديهم من أرضهم يعمروها ويؤدون خراجها إلى المسلمين ويرون أنه لا يصلح لأحـد من المسلمين شراء مافي أيديهم من الارض طوعا ولا كرهاً وكرهوا ذلك لما كان من ايقاف عمر وأصحابه الارضين المحبوسة على آخر هذه الامة من المسلمين لاتباع ولا تورث قوة على جهاد من لم يظهر عليه بعد من المشركين ، وقال الثوري اذا أقر الامام أهل العنوة في أرضهم توارثوها وتبايعوها ، وروي نحو هذا عن ابن سيرين والقرظي ، لما روى عبدالرحمن بن زيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضا على أن يكفيه جزيتها ، وروي عنه أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبقر (١) في الاهل والمال ، ثم قال عبد الله وكيف بمال بزاذان وبكذا وكذا ؟ وهذا يدل على أن له مالا بزاذان ولانها أرض لهم فجاز بيعها كأرض الصلح ، وقد روي عن أحمد أنه قال : كان الشراء أسهل يشتري الرجل ما يكفيه ويغنيه عن الناس وهو رجل من المسلمين وكره البيع ، قال شيخنا وانما رخص في الشراء والله أعلم لان بعض الصحابة اشترى ولم يسمع عنهم البيع ، ولان الشراء استخلاص للأرض ليقوم فيها مقام من كانت في يده والبيع أخذ عوض عما لا يملكه ولا يستحقه فلا يجوز

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أراضيهم . وقال الشعبي اشترى عتبة بن فرقد أرضا على شاطيء الفرات ليتخذ فيها قصبا فذكر ذلك لعمر فقال ممن اشتريتها ؟ قال من اربابها ، فلما اجتمع المهـاجرون والانصار قال هؤلاء أربابها فهل اشتريت منهم شيئا ؟ قال لا ، قال فارددها إلى من اشتريتها منه وخذ مالك . وهذا قول عمر في المهاجرين والانصار بمحضر سادة الصحابة وأئمتهم فلم ينكر فكان اجماعا ولا سبيل إلى وجـود اجماع أقوى من هذا وشبهه إذ لا سبيل إلى نقل قول جميع الصحابة في مسألة ولا إلى نقل قول العشرة ولم يوجد الاجماع إلا القول المنتشر ، فان قيل فقد خالفه ابن مسعود بما ذكر عنه . قلنا لانسلم المخالفة وقولهم اشترى قلنا المراد به اكترى كذا قال أبو عبيد ، والدليل عليه قوله على أن يكفيه جزيتها ولا يكون مشتريا لها وجزيتها على غيره وقد روى عنه القاسم أنه قال : من أقر بالطسق فقد أقر بالصغار والذل وهذا يدل على أن الشراء هنا الاكتراء وكذلك كل من رويت عنه الرخصة في الشراء محمول

(١) التبقر التوسع

الطلاق تقوم مقام صريحه ، وان عرضه على البيع أو باعه بيعا فاسداً أو عرضه على الرهن أو غيره من التصرفات أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره لان ذلك يدل على الرضا به . قال أحمد . اذا

على ذلك ، وقوله فكيف بمال بزاذان ليس فيه ذكر الشراء ، ولان المال الارض فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه ، ويحتمل أنه أراد أرضا اكتراها وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره وقد يعيب الانسان الفعل المعيب من غيره

(جواب ثان) أنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض ، فأما المعنى فلأنها موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الوقوف والدليل على وقفها النقل والمعنى أما النقل فما نقل من الاخبار أن عمر لم يقسم الارض التي افتتحها وتركها لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة وقد نقلنا بعض ذلك وهو مشهور تغني شهرته عن نقله

وأما المعنى فلانها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثته (١) ولمن انتقلت اليه عنهم ولم تكن مشتركة بين المسلمين ، ولانه لو قسمت لنقل ذلك ولم يخف بالكلية فان قيل فهذا لا يلزم منه الوقف لانه يحتمل أنه تركها للمسلمين عامة فتكون فيئا للمسلمين والامام نائبهم فيفعل ما يرى فيه المصلحة من بيع وغيره ، ويحتمل أنه تركها لاربابها كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ، قلنا أما الاول فلا يصح لان عمر انما ترك قسمتها لتكون مادة للمسلمين كلهم ينتفعون بها مع بقاء أصلها وهذا معنى الوقف ، ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لكان الذين افتتحوها أحق بها ولا يجوز أن يمنعها أهلها لمفسدة ثم يخص بها غيرهم مع وجود المفسدة المانعة والثاني أظهر فساداً من الاول لانه اذا منعها المسلمين المستحقين كيف يخص بها أهل الذمة المشركين الذين لا حق لهم ولا نصيب ؟

(فصل) واذا بيعت هذه الارض فحكم بصحة البيع حاكم صح لانه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المختلفات ، وإن باع الامام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون في الارض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها الا من يشتريها صح أيضا لان فعل الامام كحكم الحاكم ، وقد ذكر ابن عائذ في كتاب فتوح الشام قال : قال غير واحد من مشايخنا إن الناس سألوا عبد الملك والوليد وسليمان ان يأذنوا لهم في شراء الارض من أهل الذمة فأذنوا لهم على ادخال أثمانها في بيت المال ، فلما ولي عمر بن عبدالعزيز أعرض عن تلك الاشرية لاختلاط الامور فيها لما وقع فيها من المواريث ومهور النساء وقضاء الديون ولما لم يقدر على تخليصه ولا معرفة ذلك كتب كتابا قرىء على الناس: إن من اشترى شيئاً بعد سنة مائة إن بيعه مردود. وتسمى سنة مائة سنة المدة فتناهى الناس عن شرائها ثم اشتروا أشرية كبيرة كانت بأيدي أهلها تؤدي العشر ولا جزية عليها ، فلما أفضى الامر إلى المنصور ورفعت اليه تلك الأشرية وأن ذلك أضر بالخراج وكسره فأراد ردها إلى أهلها فقيل له قد وقعت فى المواريث والمهور واختلط أمرها. فبعث المعدلين منهم عبد الله بن يزيد إلى حمص ، واسماعيل بن عباس إلى بعلبك ، وهضاب بن طوق ومحرز ابن زريق إلى الغوطة ، وأمرهم أن لا يضعوا على القطائع والاشرية القديمة خراجا ومنعوا الخراج على مابقي بأيدي الانباط وعلى الاشرية المحدثة من سنة مائة إلى السنة التى عدل فيها فعلى هذا ينبغي أن يجزىء ماباعه امام أو بيع باذنه أو تعذر رد بيعه هذا المجزىء في أن يضرب عليه خراج بقدر مايحتمله ويترك في يد مشتريه أو من انتقل اليه إلا مابيع قبل المائة سنة فانه لاخراج عليه كما نقل في هذا الخبر

١) الظاهر أن تكون لورثتهم

اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه وجب عليه حين عرضه ، وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (احداهما) لايبطل خياره . وقال أبو الصقر : قلت لاحمد رجل اشترى

(فصل) وحكم إقطاع هذه الارض حكم بيعها في أن ماكان من عمر رضي الله عنه أوماكان قبل مائة سنة فهو لاهله وماكان بعد المائة ضرب عليه الخراج كافعل المنصور إلا أن يكون بغيراذن الامام فيكون باطلا ، وذكر ابن عائذ في كتابه باسناده عن سليمان بن عتبة أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد أظنه المنصور سأله في مقدمه الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن الارضين التي بأيدي أبناء الصحابة يذكرون أنها قطائع لآبائهم قديمة فقلت ياأمير المؤمنين إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم وإثخانهم في عدو الله وعسكروا في مرج بردان المرة إلى مرج شعبان حسي بردا ــ مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ليست لأحد منهم فأقاموا بها حتى وطأ الله بهم المشركين قهراً وذلا فاختبأ كل قوم محلهم وهيئوا فيها بناء فرفع إلى عمر فأمضاه عمر لهم وأمضاه عثمان من بعده إلى ولاية أمير المؤمنين قال فقد أمضيناه لهم ! وعن الاحوص بن حكيم أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها وعسكروا على نهر الاوند فأحيوه فأمضاه لهم عمر وعثمان وقد كان أناس منهم تعدوا ذاك إلى حبس الاوند الذي على باب الرتبتين فعسكروا في برجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين ، فلما بلغهم ماأمضاه عمر للمعسكرين على نهر الاوند سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع فكتب إلى عمر فيه فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التى كانوا عسكروا فيها على باب الرتبتين فلم تزل تلك القطائع على شاطيء الاوند وعلى باب حمص وعلى باب الرتبتين ماضية لاهلها لاخراج عليها تؤدي العشر

(فصل) وهذا الذي ذكرناه في الارض المغلة ، أما المساكن فلا بأس بحيازتها وبيعها وشرائها وسكناها ، قال أبو عبيد ماعلمنا أحداً كره ذلك وقد اقتسمت بالكوفة خططاً في زمن عمر رضي الله عنه باذنه وبالبصرة وسكنها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الشام ومصر وغيرهما من البلدان فما عاب ذلك احد ولا انكره

(فصل) وكذلك مافتح صلحاً بشرط أن يكون لاهله كأرض الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا وما في معناها فيجوز بيعها لانها ملك لاهلها فهي كالمساكن وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كأرض المدينة وشبهها فانها ملك لاهلها يجوز بيعها لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز اجارتها) لانها مستأجرة في أيدي أربابها واجارة المستأجر جائزة على مانذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وعن أحمد أنه كره بيعها) لما ذكرنا (وأجاز شراءها) لانه كالاستنقاذ لها فجاز كشراء الاسير ، ولانه قد روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم على ماذكرنا في المسألة التي قبلها ، واذا قلنا بصحة الشراء فانها تكون في أيدي المشتري على ماكانت في يد البائع يؤدي خراجها ويكون معنى الشراء ههنا نقل اليد من البائع إلى المشتري بعوض إلا ماكان قبل مائة سنة أوماكان من اقطاع عمر رضي الله عنه على ماذكرناه ، فان اشتراها وشرط الخراج على البائع كما فعل ابن مسعود فهو كراء لاشراء وينبغي أن يشترط بيان مدته كسائر الاجارات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها وعنه يجوز ذلك)

جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طحنت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك ؟ قال لا حتى يبلغ منها مالا يحل لغيره . قلت فان مشطها أو خضبها أو حفها هل يستوجبها بذلك ؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها وذلك لان الاستخدام لايختص الملك

اختلف الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لاتباع رباعها ، ولا تكرى بيوتها » رواه الاثرم ، وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام اجارتها » رواه سعيد بن منصور في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فصارت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها

ودليل أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي ، وانما حلت لي ساعة من نهار » متفق عليه . وروت أم هانيء أنها قالت أجرت حموين لي فأراد علي قتلهما فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله : إني أجرت حموين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم « قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت » متفق عليه . وكذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن ضبابة فدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز ذلك روي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهو قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه ، يعني أن عقيلا باع رباع أبي طالب لانه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً ولان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لهم دور بمكة كأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم ، وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال له ابن الزبير بعت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المكارم إلى التقوى أو كما قال ، واشترى معاوية منه دارين ، واشترى عمر رضي الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجماعا ، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه مايدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى ان عمر مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار للسجن لم يأخذها إلا بالبيع . ولانها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الارض وما روي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف . وأما كونها فتحت عنوة فهو صحيح لا يمكن دفعه الا ان النبي صلى الله عليه وسلم أقر اهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وابناءهم (١) وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ اجرته . ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الاجرة فيه . وان احتاج الى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه . وكان أبو عبدالله اذا سكن أعطاهم أجرتها . فان سكن بأجرة جاز أن لايدفع اليهم الاجرة ان امكنه لانهم لا يستحقونها . وقد روي ان سفيان سكن

١) كان الاولى أن يقول كما أعتقهم بقوله « أنتم الطلقاء »

ويراد لتجربة المبيع فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها . ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لانه انتفاع بالمبيع اشبه لمسها لشهوة . ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته . وان قبلت الجارية

في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم اجرة فأدركوه فأخذوها منه ، وذكر لاحمد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا انه اعجبه قال ابن عقيل وهذا الخلاف في غير مواضع المناسك . اما بقاع المناسك كموضع المسعى والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بمكة بآلة مجلوبة من غير ارض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع ابنية الوقوف وانقاضها ، وان كانت من تراب الحرم وحجارته انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لانها تابعة لها وهكذا تراب كل وقف وانقاضه . قال احمد واما البناء بمكة فاني اكرهه قال اسحاق البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قيل له الا تبني لك بمنى بيتا فقال « منى مناخ من سبق » .

(مسئلة) (ولا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر ولا ما في المعادن الجارية من القار والملح والنفط ولا ما ينبت في ارضه من الكلأ والشوك ومن اخذ منه شيئاً ملكه)

الانهار النابعة في غير ملك كالانهار الكبار لا تملك بحال ولا يجوز بيعها ، ولو دخل الى ارض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل الى ارضه ولكل احد اخذه وتملكه ، الا ان يحتفر منه ساقية فيكون احق بها من غيره ، واما ما ينبع في ملكه كالبئر والعين المستنبطة بنفس النهر وارض العين مملوكة لمالك الارض فالماء الذي فيها غير مملوك في ظاهر المذهب لانه يجري من تحت الارض فأشبه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر يملك لانه نماء الملك . وقد روي عن احمد نحو ذلك فانه قيل له في رجل له ارض ولآخر ماء فيشترك صاحب الارض وصاحب الماء في الزرع يكون بينهما ؟ فقال لا بأس اختاره ابو بكر وهذا يدل من قوله على ان الماء مملوك لصاحبه ، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والموميا والملح ، وكذلك الحكم في الكلأ والشوك النابت في ارضه فكذلك كله يخرج على الروايتين في الماء ، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه وجواز بيع ذلك مبني على ملكه قال احمد : لا يعجبني بيع الماء البتة وقال الاثرم : سمعت ابا عبد الله يسئل عن قوم بينهم نهر تشرب منه ارضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا احتاج اليه اكريه بدراهم ؟ قال ما ادري اما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء قيل له انه ليس يبيعه انما يكريه قال انما احتالوا بهذا ليحسنوه فأي شيء هذا الا البيع ؟ وروى الاثرم باسناده عن جابر واياس بن عبدالله ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع الماء وروى ابو عبيد والاثرم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون شركاء في ثلاث في النار والكلأ والماء » فان قلنا يملك جاز بيعه وان قلنا لا يملك فصاحب الارض احق به من غيره لكونه في ملكه فان دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه يباح في الاصل فأشبه ما لو عشش في ارضه طائر اودخل اليها صيد او نضبت عن سمك فدخل اليها داخل فأخذه

(مسئلة) (الا انه لا يجوز له الدخول الى ملك غيره بغير اذنه) لانه تصرف في ملك الغير بغير

المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن يبطل خياره اذا لم يمنعها لان اقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها ، وقال أبو حنيفة ان قبلته لشهوة بطل خياره

اذنه اشبه ما لو دخل لغير ذلك (وعنه يجوز بيعه) وهذا مبني على انه يملك وقد ذكرناه

(فصل) والخلاف في بيع ذلك انما هو قبل حيازته . فأما ما يحوزه من الماء في انائه او يأخذه من الكلأ في حبله اويحوزه في رحله او يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك بغير خلاف بين اهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لأن يأخذ أحدكم حبلافيأخذ حزمة من حطب فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع » رواه البخاري ، وقد روى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الماء الا ما حمل منه. وعلى ذلك مضت العادة في الامصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير نكير وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا باذن مالكه لانه ملكه . قال أحمد : إنما نهي عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة ؟ » أو كما قال فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بامر النبي صلى الله عليه وسلم وسبلها للمسلمين ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر الفاً ثم قال لليهودي اختر اما أن تأخذها يوماً وآخذها يوماً واما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختار يوماً ويوماً فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشتراه بثمانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها وملك ما يسقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهايأة وكون مالكها أحق بمائها وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك

(فصل) فاما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالاولى أنه يملك ماؤها ويصح بيعه اذا كان معلوما لأنه مباح حصله بشيء معد له كالصيد يحصل في شبكة والسمك في بركة معدة له ولا يحصل أخذ شيء منه بغير اذن مالكه وكذلك إن جرى من نهر غير مملوك ماء إلى بركة في أرضه يستقر الماء فيها لا يخرج منها فحكمه حكم مياه الأمطار تجتمع في البركة قياساً عليه والله أعلم .

(فصل) إذا اشترى ممن في ماله حلال وحرام كالسلطان الظالم والمرابي فان علم أن المبيع من حلال فهو حلال وان علم أنه من الحرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لأن الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه ، فان لم يعلم من أيها هو كره لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لامكان الحلال سواء قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة ، وبقدر قلة الحرام أو كثرته تكثر الشبهة وتقل قال احمد لا يعجبني أن يأكل منه وذلك لما روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه إلا وان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه » متفق عليه واللفظ لمسلم ولفظ البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان اترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن بن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلدة فيها مجوس وعبدة أوثان

لانه استمتاع يختص الملك فابطل خياره كقبلته لها ، ولنا انها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبلت البائع ولان الخيار له لا لها فلو الزمناه بفعلها لالزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه وفارق ما

يذبحون فلا يجوز شراؤها وان جاز أن تكون ذبيحة مسلم لان الاصل التحريم فلا يجوز الا بيقين أو ظاهر وكذلك ان كان فيها اخلاط من المسلمين والمجوس لم يجز شراؤها لذلك والاصل فيه حديث عدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك فخالط أكلبا لم يسم عليها فلا تأكل فانك لاتدري أيها قتله » متفق عليه .فاما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحتها لان المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع مالا يحل بيعه ظاهراً (الثاني) ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم بنجاسة تغيره أوغيرها فهو طاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا يزول عنها الا بيقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما،والاصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال شكي الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة انه يجد الشيء قال «لاينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً» متفق عليه (الثالث) مالا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الاولى تركها على ماذكرناه وعملا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمرة ساقطة فقال « لولا اني أخشى انها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل)وكان أحمد لايقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك. وممن كان لايقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك، وكان هذا منهم على سبيل الورع لاعلى أنها حرام فان احمد قال : جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين إلا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف أقول إنها سحت وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم مثل الحسن والحسين وابن جعفر ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي . واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهوديا دعاه وأكل من طعامه وقد اخبرالله تعالى أنهم أكالون للسحت ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان فان مايعطيكم من حلال أكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لاتسأل السلطان شيئاً وان أعطى فخذ فان ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة وان كان معه مائتا درهم فيها عشرة دراهم حرام تصدق بالعشرة لان هذا كثير وذاك قليل . قيل له قال سفيان ماكان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج؟ قال نعم لايجحف به قال القاضي ليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على سبيل الاختيار لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فانه يسهل اخراج الكل والواجب في الموضعين اخراج قدر الحرام والباقي له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به فاذا أخرج عوضه زال التحريم كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه وسواء كان قليلا أو كثيراً ، والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا باخراج الجميع لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لاجل المشقة فيه واقتصر على الواجب. ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له سوى الدراهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجته اليها ومنهم من يكون له كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها والله تعالى أعلم

اذا قبلها فانه وجد منه ما يدل على الرضا بها ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحاله لان خياره لا يبطل برضا غيره الا أن يكون تصرف المشتري باذن البائع فانه يبطل خيارهما

(فصل) (الخامس أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا المغصوب الا من غاصبه أو ممن يقدر على أخذه منه)

بيع العبد الآبق لا يجوز سواء علم بمكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق اذا كان علمهما فيه واحداً وعن شريح مثله. ولنا ماروى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولانه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء فان حصل في يد إنسان جاز بيعه لامكان تسليمه

(فصل) ولا يجوز بيع الطير في الهواء مملوكا كان اولا اما المملوك فلانه غير مقدور عليه وغير المملوك لايجوز لعلتين عدم القدرة وعدم الملك لحديث أبي هريرة قيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع اولا يألفه لانه لا يقدر على تسليمه الآن وانما يقدر اذا عاد. فان قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده الا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وان باعه الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحا لم يجز لان الطير اذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فان كان مغلقا ويمكن أخذه جاز بيعه وقال القاضي ان لم يمكن أخذه الا بتعب ومشقة لم يجز بيعه وهذا مذهب الشافعي. وهو ملغي بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره الا بتعب ومشقة، وفرقوا بينهما بان البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج اليها في احضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة، والصحيح أن تفاوت المدة في احضار البعيد واختلاف المشقة أكبر من التفاوت في إمساك طائر من البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فاذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا اولى

(فصل) ولا يجوز بيع السمك في الآجام هذا قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن مسعود انه نهى عنه وقال إنه غرر وكرهه الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى، فان باعه في الماء جاز بثلاثة شروط أحدها أن يكون مملوكا وان يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته، وان يمكن اصطياده لانه مملوك معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في طست في الماء. وان اختل شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لفوات الشرط وروي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لانه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج الى مؤنة في الكيل أو الوزن والنقل. ولنا قول ابن مسعود وابن عمر لا تشتروا السمك في الماء لانه غرر ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وهذا منه ولانه لا يقدر على تسليمه الا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء ولانه مجهول أشبه اللبن في الضرع ويفارق ماقاسوا عليه، لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليمكن قبضه، فاما ان كانت له بركة له فيها سمك

معا لوجود الرضا منهما بابطاله : وان تصرف البائع في المبيع بما يفتقر الى الملك كان فسخاً للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لما ذكرناه في المشتري ولانه أحد المتعاقدين فتصرفه في المبيع اختيار له

يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لايمنع المشاهدة صح بيعه على ما ذكرنا، وان لم يمكن الا بكلفة ومشقة وكانت يسيرة بمنزلة اصطياد الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ماذكرنا من الخلاف وان كانت كثيرة تتطاول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه في الحال والجهل بامكان التسليم

(فصل) ولا يجوز بيع المغصوب لعدم امكان تسليمه فان باعه لغاصبه أو لقادر على أخذه منه جاز لعدم الغرر فيه ولا مكان قبضه ، وكذلك ان باع الآبق لقادر عليه صح كذلك وان ظن انه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع فان عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لان العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه وثبت له الفسخ للعجز عن القبض فهو كما لو باعه فرسا فشردت قبل تسليمها أو غائبا بالصفة فعجز عن تسليمه

﴿فصل﴾ (السادس أن يكون معلوما برؤية أوصفة يحصل بها معرفته فان اشترى ما لم يره ولم يوصف له اوراه ولم يعلم ماهو او ذكر له من صفته مالا يكفي في السلم لم يصح البيع وعنه يصح وللمشتري خيار الرؤية)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته فالمشهور عنه انه لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهذا أحد قولي الشافعي . وفيه رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي واحتج من أجازه بعموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) وبما روي عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما أحداهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال ما ابالي أني بعت ما لم أره . وقيل لطلحة فقال لي الخيار لانني اشتريت مالم أره ، فتحا كما الى جبير فجعل الخيار لطلحة. وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ولانه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح . ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ، ولانه باع مالم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ، ولانه بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بما ذكرنا من الاصل ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة ومع ذلك فهو قول صحابي وقد اختلف في كونه حجة ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والنكاح لايقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار بهن ولأن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع. فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من اشترى مالم يره فهو بالخيار اذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح قلنا : هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه فعلى هذا يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوها ،فلو باع ثوباً مطويا أو عينا حاضرة لايشاهد منها مايختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب فان قلنا بصحة بيع الغائب فللمشتري الخيار في أشهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة ويثبت الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ انفسخ العقد وان لم يختر لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها وقيل يتقيد بالمجلس وان اختار الفسخ قبل

كالمشتري وعن أحمد رواية أخرى انه لاينفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه

فصل) وينتقل الملك الى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين

الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وان اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي الى الزام العقد على المجهول فيفضي الى الضرر وكذلك لو تبايعا على أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط كذلك . وهل يفسد به البيع ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره فله الخيار عند الرؤية ، وان لم يره المشتري فلكل منهما الخيار وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لاخيار للبائع لحديث عثمان وطلحة ولاننا لو أثبتنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار بدليل مالو باع شيئا على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت الخيار له

ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري . فأما الخبر فانه قول طلحة وجبير وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضا منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منهما

﴿ مسألة ﴾ (وان ذكر له من صفته مايكفي في السلم أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين ثم ان وجده لم يتغير فلا خيار له ، وان وجده متغيراً فله الفسخ والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه)

اذا ذكر له من صفات المبيع مايكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعنه لايصح حتى يراه لان الصفة لايحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لايصح السلم فيه

ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أن الصفة لايحصل بها المعرفة فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي لا يختلف بها الثمن ظاهراً ولهذا اكتفي به في السلم ولانه لايعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية . وأما مالا يصح السلم فيه فانما لم يصح بيعه بالصفة لانه لايمكن ضبطه بها . اذا ثبت هذا فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال ابن سيرين وأيوب ومالك والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام هذا العقد فأشبه غير الموصوف ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ، ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ولانه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم . وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لاتعرف صحته فان ثبت فيحتمل انه يسميه من يرى ثبوت الخيار فلا يحتج به على غيره فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم فيه وان اختلفا في اختلاف الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لان لاصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه مالم يقر به أو يثبت ببينة اومايقوم مقامها

(فصل) والبيع بالصفة نوعان (احدهما) بيع عين معينة مثل أن يقول بعتك عبدي التركي ويذكر صفاته فهذا ينفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معينا فيزول العقد بزوال محله ، ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر (الثاني) بيع موصوف غير معين مثل ان يقول بعتك عبداً تركيا ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معني السلم فمتى سلم اليه عبدا على غير

كون الخيار لهما أو لاحدهما ايهما كان وهذا احد أقوال الشافعي وعن احمد ان الملك لاينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي ، وبه قال ابو حنيفة اذا كان الخيار لهما أو للبائع وان كان المشتري خرج عن ملك البائع فلم يدخل في ملك المشتري لان البيع الذي فيه الخيار

ماوصف فرده او على ماوصف فابدله لم يفسد العقد لان العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم اليه في السلم غير ماوصف له فرده ولا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لانه بيع في الذمة فلم يجز التفرق فيه قبل قبض احد العوضين كالسلم وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه يبيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) فان رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لاتتغير العين فيه جاز في قول أكثر اهل العلم وحكي عن احمد رواية اخرى لايجوز حتى يرياها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد ولان ماكان شرطا في صحة العقد يجب ان يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح ، ولنا أنه معلوم عندهما أشبه مالو شاهداه حال العقد والشرط انما هو العلم والرؤية طريق العلم ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه مالو رأيا دارا اوقفا في بيت منها أو ارضا ووقفا في طرفها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لا اشترط رؤية جميعه ،

اذا ثبت ذلك فمتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزمه البيع ، وإن كان ناقصا ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب ، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به فأما إن عقدا البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه، وإن كان يتغير فيها لم يصح بيعه أيضا لانه مجهول ، وكذلك ان كان الظاهر تغيره فان كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فيصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع الحمل في البطن ، واللبن في الضرع ، والمسك في الفأرة، والنوى في التمر)

بيع الحمل في البطن فاسد بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وانما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) الجهالة فانه لا تعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فانه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملاقيح والمضامين ، قال أبو عبيد الملاقيح مافي البطون وهي الاجنة ، والمضامين مافي أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضربه الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد

إن المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحدب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر ، قال ابن الاعرابي المجر مافي بطن الناقة والمجر الربا والمجر القمار والمجر المحاقلة والمزابنة

(فصل) وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع حبل الحبلة ومعناه نتاج النتاج قاله أبو عبيد وعن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج

عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض (والقول الثالث) للشافعي ان الملك موقوف مراعى فان امضيا البيع تبينا ان الملك للمشتري وإلا تبينا انه لم ينتقل عن البائع

الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم . رواه مسلم وكلا البيعين فاسد، أما الاول فلأنه بيع معدوم ، واذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى ، وأما الثاني فلأنه بيع الى أجل مجهول

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، وبه قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد. وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة اذا عرف احلابها لسقي الصبي كلبن الظئر وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة ، ولنا ماروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع رواه الخلال وابن ماجه، ولأنه مجهول الصفة والمقدار فأشبه الحمل ، ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يصح كبيع ما تحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف وأما لبن الظئر فانما جاز للحضانة لانه موضع حاجة

(فصل) ولا يجوز بيع المسك في الفأرة وهو الوعاء الذي يكون فيه . قال الشاعر :

إذا التاجر الهندي راح بفأرة   من المسك راحت في مفارقهم تجري

فان فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهد لم يجز بيعه للجهالة ، وقال بعض الشافعية يجوز لان بقاءه في فأرته مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته أشبه ما مأكوله في جوفه، ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرورة وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف وما مأكوله في جوفه اخراجه يفضي الى تلفه ، فالتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه على ما نذكره

(فصل) ولا يجوز بيع النوى في التمر والبيض في الدجاجة للجهل بها ولا نعلم في هذا اختلافا ، فأما بيع الصوف على الظهر فالمشهور أنه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ، ولانه متصل بالحيوان فلم يجز افراده بالعقد كأعضائه ، وعنه أنه يجوز بشرط جزه في الحال لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء لكونها لا يمكن تسليمها مع بقاء الحيوان سالما والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع، فان اشتراه بشرط القطع وتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة اذا طالت على ما نذكره في موضعه

《 مسئلة 》 (فأما بيع الاعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوما أو بالشم إن كان مشموما صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه بالصفة كالبصير وله خيار الخلف في الصفة)

وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالبيع اما بحسه أو ذوقه أو وصفه وقال عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز وإذا أمر إنسانا بالنظر اليه لزمه. وقال الشافعي لا يجوز الا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير فيه المبيع لانه مجهول الصفة عند العاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاجة والنوى في التمر

ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ، ولان اشارة الاخرس تقوم مقام عبارته فكذلك شم الاعمى وذوقه، فأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

《 مسئلة 》 (ولا يجوز بيع الملامسة)

وهو أن يقول بعتك ثوبي هذا انك متى لمسته فهو عليك بكذا أو يقول أي ثوب لمسته فهو لك بكذا (ولا بيع المنابذة) وهو أن يقول أي ثوب نبذته الي فهو علي بكذا (ولا بيع الحصاة) وهو ان يقول ارم هذه الحصاة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » رواه مسلم وقوله « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه

فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا أو يقول بعتك من هذه الارض قدر ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في فساد هذه المبايعات ، والملامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته الي فقد اشتريته بكذا هكذا فسره احمد في الظاهر عنه ونحوه قال مالك والاوزاعي ، وفيما روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل ان يقلبه أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة والملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه . وروى مسلم عن أبي هريرة في تفسيرهما قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه ، وعلى التفسير الاول لا يصح البيع فيهما لعلتين (احداهما) الجهالة (والثانية) كونه معلقا على شرط وهو نبذ الثوب أو لمسه له ، وان عقد البيع قبل نبذه ولمسه فقال بعتك ما تلمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه إليك فهو غير معين ولا موصوف فأشبه مالو قال بعتك واحدا منها .

فأما بيع الحصاة فقد روى مسلم عن أبي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعتك من هذه الارض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا ، وقيل هو أن يقول بعتك هذا بكذا على اني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع ، وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل والله تعالى أعلم

(مسئلة) (ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبداً من عبيد ، ولا شاة من قطيع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، ولا هذا القطيع الا شاة غير معينة ، وان استثنى معينا من ذلك جاز)

لا يجوز ان يبيع عبداً غير معين لانه مجهول ولانه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبيده سواء قلوا أو كثروا وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه ، ولو كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الغرر

ولنا انه مما تختلف أجزاؤه وقيمته فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شياع كالاربعة ولانه لا يصح من غير شرط الخيار فلا يصح مع شرطه كالاربعة ولا حاجة الى هذا فان الاختيار يمكن قبل العقد ويبطل ماقالوه بالاربعة ، ولا يجوز بيع شاة من القطيع لأن شياه القطيع غير متساوية القيم فتكون مجهولة ولان ذلك يفضي الى التنازع ، وكذلك إن باع شجرة من بستان لا يصح لما ذكرنا ولان فيه غرراً فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر

(فصل) وان باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، أو هذا القطيع إلا شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة الا شاة يختارها ، ويبيع ثمرة حائط ويستثني ثمرة نخلات يعدها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ، قال الترمذي هذا حديث صحيح ، ونهى عن بيع الغرر ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال إلا شاة مطلقة ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة تختارها من القطيع ، وضابط هذا الباب انه لا يصح استثناء مالا يصح بيعه منفرداً أو بيع

وهو عام في كل بيع ولانه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذي لاخيار له ولان البيع تمليك بدليل قوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع ، يحققه ان التمليك يدل على نقل الملك الى المشتري ويقتضيه

ماعداه منفردا عن المستثنى ونحوه مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا ان أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة للاثر الوارد فيبقى فيما عداه على قضية الاصل ، فان استثنى معينا من ذلك جاز لان المبيع معلوم بالمشاهدة لكون المستثنى معلوما ولا يبقى فيه غرر ولان نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا الا أن تعلم يدل على الصحة اذا كانت معلومة ولا نعلم في هذا خلافا

(مسئلة) (وان باع قفيزا من هذه الصبرة صح) لانه معلوم لكون أجزائها لاتختلف فلا تفضي الى الجهالة ، وكذلك اذا باعه رطلا من دن أو من زبرة حديد يصح لذلك ، وحكي عن داود انه لايصح لانه غير مشاهد ولا موصوف . ولنا ان المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه اذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لايحتج بالقياس ثم لايصح لانه اذا شاهد الجميع فقد شاهد البعض

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه الصبرة الا قفيزاً أو ثمرة الشجرة الا صاعا لم يصح وعنه يصح)

اذا باع صبرة واستثنى منها قفيزا أو أقفزة أو باع ثمرة بستان واستثنى منها صاعا أو آصعاً لم يصح في ظاهر المذهب، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي واسحاق وابي ثور وأصحاب الرأي. وفيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه ثنيا معلومة ولانه معلوم أشبه اذا استثنى منها جزءاً مشاعا

ووجه الاولى ماروى البخاري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا ولان المبيع انما علم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لانه لايدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز ، ويخالف الجز فانه لايعتبر حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها ، وكذلك اذا باع ثمرة شجرة واستثنى أرطالا فالحكم فيه على ماذكرنا . وقال القاضي في شرحه يصح لان الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة والصحيح ماذكرناه ، وهذه المسئلة أشبه بمسئلة استثناء الصاع من الحائط والمعنى الذي ذكرناه ثم متحقق هاهنا

(فصل) فان استثنى من الحائط شجرة بعينها جاز لان المستثنى معلوم ولا يؤدي الى الجهالة في المستثنى منه ، وان استثنى شجرة غير معينة لم يصح لان المستثنى مجهول . وقال مالك يصح أن يستثنى ثمرة نخلات يعدها وقد ذكرناه ،وقد روي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القنيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معينا بقدر طعام القنيان لانه لو حمل على غير ذلك كان مخالفا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا الا ان تعلم، ولان المستثنى متى كان مجهولا لزم ان يكون الباقي بعده مجهولا فلم يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام القنيان

(فصل) وان استثنى جزءاً معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلاث او اربع او اجزاء كثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره اصحابنا وهو مذهب الشافعي ،وقال ابو بكر وابن ابي موسى لايجوز

ولنا انه لايؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو استثنى شجرة بعينها وذلك لان معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها اي بعتك ثلثيها ،وان باع حيوانا واستثنى ثلثه جاز ومنع منه القاضي قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لان الشحم مجهول لايصح افراده بالبيع وهذا معلوم يصح افراده بالبيع

لفظه والشرع قد اعتبره وقضى بصحته فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضا بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا ، وقولهم انه قاصر غير صحيح

فصح استثناؤه كالشجرة المعينة ، وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصيران شريكين فيه للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه

(فصل) وإذا قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز لان القفيز معلوم والمكوك معلوم ولا يفضي إلى جهالة ، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم الا بقدر درهم صح لان قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكانه قال بعتك ثلاثة ارباع هذه الثمرة بأربعة دارهم ، وان قال الا مايساوي درهما لم يصح لان مايساوي الدرهم يكون الربع واكثر واقل فيكون مجهولا فيبطل

(مسئلة) (وان باعه ارضا الا جريبا أو جريبا من ارض يعلمان جربانها صح وكان مشاعا فيها والا لم يصح)

إذا باعه ارضا الا جريبا يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح لان الارض لا تتساوى اجزاؤها فيكون البيع مجهولا فهو كما لو باعه شاة من قطيع او عبداً من عبيد ، وإن كان الجريب المستثنى مشاعا في الارض وهما يعلمان جربانها صح لانها إذا كانت عشرة اجربة فقد باع تسعة اعشار هذه الارض وهو معلوم بالمشاهدة وان لم يعلما جربانها لم يصح لان المبيع غير معلوم فهو كما لو باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين وكذلك إن باعه جريباً من هذه الارض إن اراد قدراً غير مشاع لم يصح ، وان باعه مشاعا وهما يعلمان جربانها صح ، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان الجريب عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا ان الجريب من عشرة عشرها ولو قال بعتك عشر هذه الارض صح فكذلك إذا باعه منها جريباً مشاعا وهي عشرة . وما قالوه غير مسلم لانه عبارة عن قدر كما ان المكيال عبارة عن قدر فاذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزأ منها ، وان كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لان الجملة غير معلومة واجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن يكون معينا ولا مشاعا ، وان قال بعتك من الارض من هنا إلى هنا جاز لانه معلوم ، وان قال عشرة أذرع ابتداؤها من هنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لان الموضع الذي ينتهي اليه الذرع لا يعلم حال العقد ، وان قال بعتك نصيبي من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه أو قال نصيبا منها أو سهما لم يصح للجهالة وان علماه صح ، وان قال بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولا

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه إذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا صح فان كان القطع لا ينقصه قطعاه ، وان كان ينقصه وشرط البائع أن يقطع له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز ، وان تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الارض ، وقال القاضي لا يصح لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر أشبه مالو باعه نصفاً معينا من الحيوان ، ولنا أن التسليم ممكن ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا حصل الرضا فهو كما لو باعه نصف حيوان مشاعا وفارق نصف الحيوان المعين فانه لا يمكن تسليمه مفرداً الا باتلافه واخراجه عن المالية

(مسئلة) (وان باعه حيوانا مأكولا الا رأسه أو جلده أو اطرافه صح وان استثنى حمله أو شحمه لم يصح)

إذا باعه حيوانا مأكولا واستثنى رأسه أو جلده أو اطرافه صح نص عليه احمد رحمه الله وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لان المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط فجوز له شراء اللحم دونها . وقال

وجواز فسخه لايوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب وامتناع التصرف إنما كان لاجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون والمبيع قبل القبض ، وقولهم إنه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لايصح لانه يفضي الى وجود ملك لامالك له وهو محال ويفضي أيضاً الى ثبوت

أبو حنيفة والشافعي لايجوز لانه لايجوز افراده بالبيع فلم يجز استثناؤه كالحمل ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة وشرطا له سلبها ، وروى أبو بكر في الشفاء باسناده عن جابر عن الشعبي قال: قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروى يعني ان يعطى رأسا مثل رأس ، ولان المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة،وكونه لايجوز افراده بالبيع لا يمنع صحة استثنائه كما أن الثمرة قبل التأبير لايجوز افرادها بالبيع بشرط كشرط التبقية ويجوز استثناؤها والحمل مجهول وفيه منع . فان امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنياها فقال اذهبوا إلى السوق فاذا بلغت أقصى ثمنها فاعطوه بحساب ثنياها من ثمنها

(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه أحمد ، قال أبو بكر لايختلفون عن ابي عبد الله أنه لايجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم ، ولانه مجهول لا يصح افراده بالبيع فلم يصح استثناؤه كفخذها ، وان استثنى الحمل لم يصح الاستثناء لما ذكرنا وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي ، ونقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي واسحاق وأبو ثور لما روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما باع جارية واستثنى مافي بطنها ، ولانه يصح استثناؤه في العتق فصح في البيع قياساً عليه . ولنا ماتقدم في الصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى مافي بطنها لان الثقات الحفاظ حدثوا بالحديث فقالوا أعتق جارية والاسناد واحد . قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لان العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ،ولا تعتبر فيه شروط البيع

(فصل) وإن باع جارية حاملا بحر ، فقال القاضي لايصح وهو مذهب الشافعي لانه يدخل في البيع فكأنه مستثنى. والاولى صحته لان المبيع معلوم وجهالة الحمل لاتضر لانه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ ، وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناؤه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ولو استثناها بلفظه لم يجز ، ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع أو نخلة مؤبرة وقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناها بقوله لم يجز

(فصل) ولو باعه سمسما واستثنى الكسب لم يجز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ،وكذلك إن باعه قطناً ، واستثنى الحب لم يجز للجهالة ، وكذلك إن باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز بيع ماماً كوله في جوفه وبيع الباقلا والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله)

يجوز بيع ما مأكوله في جوفه كالرمان والبيض والجوز لانعلم فيه خلافا لان الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد اذا أخرج من قشره

الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبي ذلك ، وقول اصحاب الشافعي ان الملك موقوف ان امضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح أيضاً ، فان انتقال الملك انما ينبني على سببه الناقل له وهو البيع وذلك

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والفستق والباقلا والرطب في قشريه مقطوعا وفي شجره و بيع الطلع قبل تشقيقه مقطوعاً وفي شجره و بيع الحب المشتد في سنبله ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لايجوز حتى ينزع قشره الاعلى إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين ، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض وتؤمن العاهة فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وابيض سنبله ولانه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل ، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فإنه لاقوام له في شجره إلا به ، والباقلا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقلا يباع في أسواق المسلمين من غير نكير وهذا إجماع ، وكذلك الجوز واللوز في شجرها والحيوان المذبوح يجوز بيعه في سلخه فانه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو مراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت ، وأما تراب الصاغة والمعادن فلنا فيهما منع وان سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا .

(فصل) (السابع أن يكون الثمن معلوماً فان باعه السلعة برقمها أو بألف درهم ذهباً وفضة أو بما ينقطع به السعر أو بما باع به فلان أو بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح البيع وان كان فيه نقد واحد انصرف اليه)

يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين لانه أحد العوضين فاشترط العلم به كالآخر وقياساً على رأس مال السلم فان باعه السلعة برقمها وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح البيع للجهالة فيه وكذلك ان باعه بألف درهم ذهباً وفضة لأنه مجهول ولانه بيع غرر فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر ، وان باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار ، ولنا أن قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة بعضها ذهب وقوله إنه يقتضي التسوية ممنوع فانه لو فسره بغير ذلك صح . وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما . وان باعه بما ينقطع السعر به أو بما باع به فلان عبده وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول ، وان باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح لجهالته وإن كان فيه نقد واحد انصرف اليه لأنه تعين بانفراده وعدم مشاركة غيره ولهذا لو أقر بدينار أو أوصى به انصرف اليه .

« مسئلة » (وان قال بعتك بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة أو بعشرة نقدا أو عشرين نسيئة لم يصح) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة

وهذا هو كذلك فسره مالك والثوري واسحاق ، وهذا قول أكثر أهل العلم لأنه لم يجزم له ببيع واحد أشبه ما لو قال بعتك أحد هذين ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب الى أحدهما فيحتمل انه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا

لا يختلف بامضائه وفسخه فان امضاءه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه اذ لوكان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع فان المنع لا يتقدم المانع كما ان الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ولان البيع

فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافيا فيقول كقول الجمهور ، فعلى هذا إن لم يوجد ما يدل على الايجاب أو ما يقوم مقامه لم يصح لان مامضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً . وقد روي عن أحمد أنه قال فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم أنه يصح فيتحمل أن لا يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن النقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه الا على احدى الصفتين فتتعين الاجرة المسماة عوضاً فلا يفضي الى التنازع وهذا بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والثوب كل ذراع بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم صح)

إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم صح وان لم يعلما قدر قفزانها حال العقد وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويبطل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كبيع المتاع برقمه ، ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو كيل الصبرة فجاز كما لو باع مارأس ماله اثنان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كالأصل المذكور وكذلك حكم الثوب والارض والقطيع من الغنم إذا كان مشاهداً فباعه إياه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه من الصبرة كل قفيز بدهم لم يصح لان من للتبعيض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا)

ويحتمل أن يصح البيع بناء على قوله في الاجارة إذا أجره كل شهر بدرهم . قال ابن عقيل وهو الاشبه كالمسألة التي قبلها لأن من وان أعطيت البعض فما هو بعض مجهول بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمناً معلوما فهو كما لو قال قفيزاً منها وكمسئلة الاجارة

(فصل) وإن قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو انقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أيزيده أم ينقصه . وان قال على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لان القفيز مجهول. وان قال على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بعتك هذه الصبرة وقفيزاً من هذه الاخرى بعشرة دراهم ، وان قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح لان معناه بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدهم وشيء مجهول ، ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لافضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً وشيئا بدرهم وهما لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية مافي الصبرة من القفزان. ولو قصد أني احط ثمن قفيز من الصبرة ولا احتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها. وان علما قدر قفزان الصبرة أو قال هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك كل قفيز وعشرة بدرهم وان لم يعلم القفزان وجعله هبة لم يصح وان أراد أني لا احتسب

مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما اذا لم يفسخ فوجب ان يثبته وان فسخ كبيع المعيب وهذا ظاهر ان شاء الله

(فصل) وما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري امضيا العقد

عليك بثمن قفيز منها صح أيضا لانهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن، ولو قال على أن أنقصك قفيزاً صح لان معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم ، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لانه يجيز الشرط ولا يصح ماقاله لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي لا يفضي الى الجهالة . وما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب والقطيع من الغنم فيه نحو من مسائل الصبرة . وان قال بعتك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أوهذا القطيع بألف درهم صح اذا شاهداه وان قال بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح وان قال بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لا يصح لانه مجهول

(فصل) ويصح بيع الصبرة جزافا مع جهل المتبايعين بقدرها لا نعلم فيه خلافا وقد نص عليه أحمد ودل عليه حديث ابن عمر وهو قوله : كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكتفي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان نشره لا يشق وتختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية ، وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو جزءاً منها معلوما لان ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان ، قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا ان تكون الصبرة متساوية الاجزاء ، فان كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ، ويحتمل أن يصح لانه يشتري منها جزءاً مشاعا فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والمثمنات في صحة بيعها جزافا ، وقال مالك لايجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة أشبه المثمنات والنقرة والحلي ويبطل بذلك ماقاله . وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم اذا شاهدهم ولم يعدهم ، وكذلك الثياب اذا شراها ورأى جميع أجزائها

(فصل) فان كان البائع يعلم قدر الصبرة لم يجز بيعها جزافا نص عليه أحمد وهو اختيار الخرقي . وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة ، وبه قال مالك واسحاق وروي ذلك عن طاوس ، قال مالك لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد رحمه الله أنه مكروه غير محرم فقد روى بكر بن محمد عن أبيه عنه أنه سئل عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله ، فقلت له وإن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فان اختار أن يرده رده قال: هذا تغليظ شديد ولكن لايعجبني اذا عرف كيله إلا أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء . ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لأنه اذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى . ووجه الاول ماروى الاوزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبيعه جزافا حتى يبينه » قال القاضي وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ولأن البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل الا للتغرير ظاهراً وقد قال عليه السلام « من غشنا

أو فسخاه ، قال أحمد فيمن اشترى عبداً فوهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبدفالمال للمشتري وقال الشافعي ان امضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له وان قلنا الملك للبائع

فليس منا » فصار كتدليس البيع فان باع ماعلم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم ان البيع صحيح لازم وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما أشبه مالو علما كيله أو جهلاه ولم يثبت ماروي من النهي فيه ، وانما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولأن تسويتهما في العلم أو الجهل أبعد من التغرير . وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كمن اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وإن لم يعلم ان البائع كان عالما بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغرر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ، وذهب بعض أصحابه الى أن البيع فاسد والنهي يقتضي الفساد

(فصل) فان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله تم البيع والقبض ، وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا إن كان البيع بانياً كاله عليه ، فان كان قدر حقه الذي أخبره فقد استوفاه ، وان كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصا أخذ النقص، وان كان قد تلف فالقول قول القابض مع يمينه سواء قل القبض أو كثر لأن الاصل عدم القبض وبقاء الحق وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لأن للبائع فيه علقة فانه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق انه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فيتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لايجوز لانه لايجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، فان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافا ، فأما ان أعلمه بكيله ثم باعه إياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء زاد أو نقص لم يجز لما روى الاثرم باسناده عن الحكم قال: قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الغرارة كذا وكذا وأبيعها بكذا وكذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد اذا أخبره البائع ان في كل قارورة منها كذا رطلا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان «اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون اذا فتح فسد . قال فلم لايفتحون واحدة ويتركون الباقي

(فصل) ولو كال طعاما وآخر يشاهده فلمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان لانه شاهد كيله أشبه مالو كيل له وعنه يحتاج الى كيل للخبر وكالبيع الاول ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا ، ولو اشترى اثنان طعاما فاكتالاه ثم اشترى احدهما حصة شريكه قبل تفرقهما فهو جائز ، وان لم يحضر المشتري الكيل لم يجز الا بكيل . وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى لابد من كيله، وان باعه الثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يحتج الى كيل ثان بنقله كالصبرة

(فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكيل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك العيار لايجوز . وقال في رجل ابتاع أعكاماً كيلا وقال للبائع كل لي عكما منها وأخذ مابقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها . قال الثوري كان أصحابنا يكرهون هذا وذلك لان مافي

فالنماء له ، وان فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » قال الترمذي هذا حديث صحيح . وهذا من ضمان المشتري فيجب أن

العكوم يختلف فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض ، والجوز يختلف فيكون في أحد المكيلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

(فصل) وان باع الادهان في ظروفها جملة وقد شاهدها جاز لأن اجزاءها لا تختلف فهي كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف ، فان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منه او أرطالا معلومة يعلم ان فيها اكثرمنها أو باعه أجزاء مشاعة أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثمن ، وان لم يعلما ذلك جاز أيضاً لانه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبه مالو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي آخر زيت كل رطل بدرهم . وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر . والاول أصح لان بيع كل واحد منهما منفردا يصح كذلك ، فكذلك اذا جمعهما كالأرض المختلفة الاجزاء والثياب وغيرها . فأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعاً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه اذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطل كان معناه بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعاً أو زنة أحدهما كذلك

(فصل) وان وجد في ظرف الدهن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وألزمه شريح بقدر الرب سمنا بكل حال ، وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجد ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمنا.

ولنا أنه وجد المبيع بكيل ناقصاً فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة فانه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ، كذلك هذا فعلى هذا انما يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضيا على اعطائه سمناً جاز

(فصل) وان باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح ذكره القاضي لانه قصد استثناء قيمة الدينار وذلك غير معلوم ، واستثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولا ولانه استثناء من غير الجنس فلم يصح كما لو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة ويجيء على قول الخرقي انه يصح فيمن استثنى في الاقرار عيناً من ورق أو ورقا من عين فانه يصح ، فعلى هذا يحذف من الجملة بقيمة الدينار ، ولو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة لم يصح لانه استثناء من غير الجنس . فأما الذهب والفضة فهما كالجنس الواحد

﴿فصل في تفريق الصفقة﴾ (وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز) صفقة واحدة بثمن واحد (وله ثلاث صور (إحداها) أن يبيع معلوماً ومجهولا) كقولك بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بكذا فهذا بيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لان المجهول لا يصح بيعه بجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لأن معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

يكون خراجه له ولان الملك ينتقل بالبيع على ما ذكرنا فيجب أن يكون نماؤه له كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على الرواية التي قلنا ان الملك لا ينتقل فأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع امضيا العقد أو فسخاه كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة

(الثانية) باع مشاعا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما أو ما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، والثاني لا يصح فيهما وأصل الوجهين ان أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (احداهما) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرة. والوجه الاول قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفقة جمعت حلالا وحراماً فغلب التحريم ، ولأن الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين ، ووجه الأول ان كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو وصى بشيء لآدمي وبهيمة . وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه

(فصل) ومتى حكمنا بالصحة ههنا وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وإن لم يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما فتلف أحدهما قبل قبضه ، فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه ملك المشتري الفسخ به

(الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير اذنه أو عبداً وحراً أو خلا وخمراً ففيه روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فنقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعاً . وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما إلا ان يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال ان كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو باجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما وإن لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم للاجازة بحكم حاكم بصحة بيعه، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ، ولان الثمن مجهول لأنه انما يبين بالتقسيط الثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصتها من رأس المال ، ولانه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك إذا لم يصرح وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

ووجه الرواية الأولى أنه متى سمى ثمناً في مبيع فتقسط بعضه لا يوجب جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ ارشه ، وإذا قلنا بالصحة فللمشتري الخيار اذا لم يكن عالما كالقسم

(فصل) وضمان المبيع على المشتري اذا قبضه ولم يكن مكيلا ولا موزوناً فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لانه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه، وان كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك فان اشترى حاملا فولدت عنده في

الثاني لتبعض الصفقة عليه والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا تؤثر جهالة العوض فيها

(فصل) وإن وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ العقد في الباقي رواية واحدة سواء كانا من جنس واحد أو جنسين ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحاً فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين معيباً فرده أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(مسئلة) (وإن باع عبده وعبد غيره باذنه بثمن واحد فهل يصح؟ على وجهين)

(أحدهما) يصح فيهما ويتقسط الثمن على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبداً واحداً لهما

(والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما اذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك ينقسم عليه الثمن بالاجزاء فلا جهالة فيه، فأما ان باع قفيزين متساويين له ولغيره بثمن واحد باذنه صح لان الثمن يتقسط عليهما بالاجزاء فلا يفضي الى جهالة الثمن، وكذلك ان باعه عبداً لهما بثمن واحد صح لما ذكرنا

(مسئلة) (وان جمع بين بيع واجارة، أو بيع وصرف صح فيهما ويقسط العوض عليهما في أحد الوجهين)

اذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم كالبيع والاجارة والبيع والصرف بعوض واحد صح فيهما لان اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة كما لو جمع ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه، وكذلك ان باع سيفاً محلى بذهب وفضة، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان حكمهما مختلف وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما فان البيع فيه خيار ولا يشترط فيه التقابض في المجلس، ولا ينفسخ العقد بتلف المبيع والصرف يشترط له التقابض، وينفسخ العقد بتلف العين. وان جمع بين نكاح وبيع بعوض واحد فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري بمائة صح النكاح لكونه لا يفسد بفساد العوض وفي البيع وجهان وللشافعي قولان كالوجهين

(مسئلة) (وان جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة مثل أن يقول بعتك عبدي هذا وكاتبتك بمائة كل شهر عشرة بطل البيع وجهاً واحداً) لانه باع عبده لعبده فلم يصح كبيعه اياه من غير كتابة وهل تبطل الكتابة؟ ينبني على روايتين في تفريق الصفقة

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها)

لا يحل البيع بعد نداء الجمعة قبل الصلاة لمن تجب عليه الجمعة لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله تعالى وذروا البيع) فان باع لم يصح البيع للنهي عنه. والنداء الذي يتعلق به المنع هو النداء عقيب جلوس الامام على المنبر لانه النداء الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتعلق الحكم به، والنداء الثاني زيد في زمن عثمان رضي الله عنه، وحكى القاضي رواية عن أحمد أن البيع يحرم

مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده بزيادته كما لو اشترى عبدين فسمن احدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يرد الولد لان الحمل لاحكم له

بزوال الشمس وان لم يجلس الامام على المنبر ، ولا يصح هذا لان الله تعالى عاقه على النداء لا على الوقت، ولان المقصود بهذا ادراك الجمعة وهو حاصل بما ذكرنا دون ماذكره ، ولانه لو اختص تحريم البيع بالوقت لما اختص بالزوال فان ماقبله وقت أيضاً ، فأما من لاتجب عليه الجمعة من النساء والمسافرين وغيرهم فلا يثبت في حقه هذا الحكم وذكر ابن أبي موسى فيه روايتين لعموم النهي، والصحيح ماذكرنا ان شاء الله تعالى فان الله تعالى انما نهى عن البيع من أمره بالسعي فغير المخاطب بالسعي لايتناوله النهي ، ولان تحريم البيع معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معدوم في حقهم ، فان كان المسافر في غير المصر أو كان مقيما بقرية لا جمعة على أهلها لم يحرم البيع ولم يكره وجهاً واحداً ، فان كان أحدهما مخاطباً بالجمعة دون الآخر حرم على المخاطب وكره للآخر لما فيه من الاعانة على الاثم، ويحتمل أن يحرم لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

(مسئلة) (ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين كالاجارة والصلح ونحوهما وفيه وجه آخر أنه يحرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع . ولنا أن النهي مختص بالبيع وغيره لايساويه في الشغل عن السعي لقلة وجوده فلا يؤدي إلى ترك الجمعة فلا يصح قياسه على البيع)

(مسئلة) (ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً ، ولا بيع السلاح في الفتنة ولا لأهل الحرب ويحتمل أن يصح مع التحريم)

بيع العصير ممن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يصيره خمراً محرم وانما يكره اذا شك فيه ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكراً ، قال الثوري بع الحلال من شئت لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع تم بأركانه وشروطه ، ولنا قول الله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وهذا نهي يقتضي التحريم ، وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يامحمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها ، وحاملها والمحمولة اليه ، وشاربها وبائعها ومتباعها وساقيها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرجه الترمذي من حديث أنس ، وقد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروي ابن بطة باسناده عن محمد ابن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، وأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبيباً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره فأمره بقلعه وقال بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر ، ولانه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها للزنا بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها صورة النزاع بدليلنا ، وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه قلنا لكن وجد المانع منه

إذا ثبت هذا فانما يحرم البيع إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله أو بقرائن محتفة بقوله تدل عليه ، وان كان الامر محتملا كمن لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز . فان باعها لمن يتخذها خمراً فالبيع باطل ويحتمل أن يصح، وهو مذهب الشافعي

لانه جزء متصل بالام فلم يأخذ قسطا من الثمن كأطرافها ولنا ان كل مايقسط عليه الثمن اذا كان منفصلا يقسط عليه اذا كان متصلا كاللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع. والحكم في الاصل

لان المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب

ولنا انه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح كاجارة الإمة للزنا والغناء ، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولان التحريم هنا لحق الله تعالى فافسد العقد كبيع الربا وفارق التدليس فانه لحق آدمي

(فصل) وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب أو لقطاع الطريق ، وبيع الامة للغناء أو اجارتها لذلك فهو حرام والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل وقد نص أحمد على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخرط الاقداح لا يبيعها لمن يشرب فيها ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء ، وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا

(فصل) قال أحمد في رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيما وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعها على أنها ساذجة فقيل له إنها تساوي ثلاثين الف درهم فاذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً . فقال لا تباع الا على أنها ساذجة. ووجهه ماروى أبو امامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه بعض أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء، فاما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كبيع العصير لمن لا يتخذه خمراً فانه لا يحرم لصلاحيته للخمر

﴿ فصل ﴾ (ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكل في بيعه ولا شرائه) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز ، وعند أبي حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشرائها ولا يصح . فان عائشة روت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال « لا، هو حرام » ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قاتل الله اليهود ، ان الله تعالى حرم عليهم شحومها فجعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ، ولأن الخمر نجسة محرمة فحرم بيعها والتوكيل فيه كالميتة والخنزير

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في احدى الروايتين)

لا يصح شراء الكافر مسلما ، وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه اذا أسلم في يده فصح أن يشتريه كالمسلم . ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع من ابتدائه كالنكاح ولأنه عقد يثبت الملك للكافر على المسلم فلم يصح كالنكاح وانما ملكه بالارث وبقي ملكه عليه اذا أسلم في يده لان الاستدامة أقوى من الابتداء بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للحوم الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من

ممنوع ثم يفارق الحمل الاطراف لانه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلا ويصح افراده بالعتق والوصية به وله ويرث ان كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته. ولايصح قولهم انه لاحكم للحمل لهذه الاحكام وغيرها مما ذكرناه في غير هذا الموضع

ثبوت الاقوى ثبوت مادونه مع انا نقطع الاستدامة عليه باجباره على ازالتها ، فان كان ممن يعتق عليه بالقرابة صح في احدى الروايتين وعتق عليه وهذا قول بعض الاصحاب ،والاخرى لايصح ولا يعتق لانه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ، ولان ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه وان زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد .ووجه الرواية الأولى أن الملك لا يستقر عليه وانما يعتق بمجرد الملك في الحال ويزول الملك عنه بالكلية ويحصل له من نفع الحرية أضعاف ماحصل من الاماء بالملك في لحظة يسيرة .ويفارق من لا يعتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازالته وكذا شراء المحرم الصيد

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه)

لأنه لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم اجماعاً وليس له كتابته لان الكتابة لا تزيل ملك السيد عنه ولا يجوز اقرار ملك الكافر عليه وقال القاضي له ذلك لانه يزيل يده عنه فأشبه بيعه والاول أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه وهو أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا أعطيك مثلها بتسعة ، ولا شراؤه على شراء أخيه وهو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه فان فعل فهل يصح ؟ على وجهين)

أما البيع فهو محرم لقول النبي ﷺ « لايبع بعضكم على بيع بعض » ومعناه ماذكرناومثاله أن يقول أبيعك خيراً منها بثمنها أو يعرض عليها سلعة يرغب المشتري ليفسخ البيع ويعقد معه فلا يجوز ذلك للنهي عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه ، وفي معنى ذلك شراؤه على شراء أخيه لانه في معنى المنهي عنه ، ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في عموم النهي ، ولان النبي ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه متفق عليه .وهو في معنى الخاطب ، وان خالف وفعل فالبيع باطل للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، وفيه وجه أنه يصح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ البيع من أجله وذلك سابق على البيع ، ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبه بيع النجش وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «لايسم الرجل على سوم أخيه »ولايخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع .فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري ، وهو الذي تناوله النهي

والثاني أن يظهر منه مايدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد فروى أنس أن رجلا من الانصار شكا الى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد فقال له «أما تبقى لك شيء ؟ » قال بلى قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأتاه بهما فقال « من يبتاعهما ؟ » فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من يزيد على درهم ؟ » فأعطاه رجل درهمين فباعها منه : رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا أيضا اجماع فان المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة

(الثالث) أن لايوجد منه مايدل على الرضا ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا

(فصل) وان تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل المبيع كالبيع والهبة والوقف أو يشغله كالاجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه الا العتق سواء وجد

بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة ، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر

(الرابع) أن يظهر منه مايدل على الرضا من غير تصريح . فقال القاضي لا تحرم المساومة، وذكر ان أحمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ولان الاصل اباحة السوم والخطبة فحرم منه ماوجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الاصل (قال شيخنا) ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجها حسنا فان النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولانه وجد منه دليل على الرضا أشبه مالو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة مايدل على الرضا لانها جاءت مستشيرة للنبي ﷺ وليس ذلك دليلا على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي ﷺ والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه

(فصل) وبيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لان البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسدة فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط . ولنا أنهما ماقصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين ، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطيء رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا

« مسئلة » (وفي بيع الحاضر للبادي روايتان إحداهما يصح والاخرى لا يصح بخمسة شروط أن يحضر البادي لبيع سلعة بسعر يومها جاهلا بسعرها ويقصده الحاضر وبالناس حاجة اليها ، وإن اختل شرط منها صح البيع)

البادي ههنا من يدخل البلد من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو من بلدة أخرى ، ولا يجوز أن يبيع الحاضر للبادي لقول ابن عباس نهى النبي ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد. قال فقلت لابن عباس ماقوله حاضر لباد ؟ قال لا يكون له سمساراً ، متفق عليه ، وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر ، وإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد ، وقد أشار النبي ﷺ في تعليله إلى هذا. وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ، ونقل أبو اسحاق ابن شاقلا أن الحسن بن علي المصري سأل احمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به قال له فالخبر الذي جاء بالنهي . قال كان ذلك مرة ، فظاهر هذا أن النهي اختص بأول الاسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك . هذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه، والمذهب الاول لعموم النهي وما ثبت في حقهم ثبت في حقنا مالم يقم على اختصاصهم به دليل ، وهو مذهب الشافعي وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له فان كان هو القاصد للحاضر جاز لان التضييق حصل منه لا من الحاضر . (الثاني) أن يكون

من البائع أو المشتري لان البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن ، الا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل

البادي جاهلا بالسعر قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا كان البادي عارفا بالسعر لم يحرم لان التوسعة لاتحصل بتركه يبيعها لانه لا يبيعها إلا بسعرها ظاهراً (الثالث) أن يكون قد جلب السلعة للبيع ، فاما ان جلبها ليأكلها أو يخزنها فليس في بيع الحاضر له تضييقا بل توسعة ، وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها ، فاما ان كان أحضرها وفي نفسه أن لا يبيعها رخيصة فليس في بيعه تضييق (الثاني) أن يكون بالناس حاجة اليها وضرر في تأخير بيعها كالاقوات ونحوها ، وقال أصحاب الشافعي انما يحرم بشروط أربعة وهي ماذكرنا إلا حاجة الناس اليها فمتى اختل شرط منها لم يحرم البيع وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وظاهر المذهب أنه باطل نص عليه احمد في رواية اسماعيل بن سعيد. وذكر الخرقي رواية أخرى أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لان النهي لمعنى في غير المنهي عنه فلم يبطل كتلقي الركبان ولنا أنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فأما شراؤه له فيصح رواية واحدة) وهو قول الحسن وكرهت طائفة الشراء لهم أيضاً كما كرهت البيع فروى أنس قال : كان يقال هي كلمة جامعة يقول لاتبيعن له شيئا ولا تبتاعن له شيئا وهو إحدى الروايتين عن مالك

ولنا أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فان النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر ، وليس ذلك في الشراء لهم ولا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع مايدفع الضرر عن أهل الحضر لايلزم أن يلزم أهل البدو الضرر . فاما ان أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع فقد رخص فيه طلحة بن عبيدالله والاوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصحابي أولى

(فصل) وليس للامام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي ، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل ما يبيع الناس بع كما يبيع الناس وإلا فاخرج عنا ، واحتج بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرها فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون سعرك فاما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت . ولان في ذلك إضراراً بالناس إذا زاد وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع .

ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال « ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سألوه ذلك ولو جاز لاجابهم اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولانه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما لو اتفق الجماعة عليه ، والظاهر أنه سبب الغلاء لان الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعتهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير مايريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها المحتاج

خياره لانه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب. قال أحمد اذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا والله أعلم فيما اذا شرط

ولا يجدها الا قليلا فيرفع في ثمنها ليحصلها فتغلو الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول الى غرضه فيكون حراما، فاما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال: ان الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد فحيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ماقلنا وماذكروه من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

﴿مسئلة﴾ (من باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها، وان اشتراها أبوه أو ابنه جاز)

من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأي وأجازه الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها

ولنا ماروى غندر عن شعبة عن أبي اسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها: بئس ما شريت وبئس مااشتريت ابلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب. رواه أحمد وسعيد بن منصور، والظاهر أنها لاتقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه الا بتوقيف من النبي ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه لان ذلك ذريعة إلى الربا فانه يدخل السلعة ليستبيح بيع الف بخمسمائة إلى أجل، ولذلك قال ابن عباس في مثل هذه المسئلة أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حرير جعلاها في بيعها والذرائع معتبرة، فأما ان باعها بمثل الثمن أو اكثر جاز لانه لا يكون ذريعة وهذا إن كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع، فان نقصت مثل ان هزل العبد أونسي متاعه أو تخرق الثوب ونحوه جاز له شراؤها بما شاء لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل الى الربا

(فصل) فان اشتراها بعرض أوكان بيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز ولا نعلم فيه خلافا لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض. فان باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر فقال أصحابنا يجوز لانهما جنسان لايحرم التفاضل بينهما أشبه ما لو اشتراها بعرض، وقال أبو حنيفة لايجوز استحسانا لانهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ولان ذلك يتخذ وسيلة الى الربا فهو كما لو باعها بجنس الثمن الاول قال شيخنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة قال الشاعر:

أندانُ أم نعتانُ أم ينبري لنا فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

ومعنى نعتان أي نشتري عينة كما وصفنا، وقد روى أبوداود باسناده عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لاينزعه حتى ترجعوا الى دينكم» وهذا وعيد يدل على التحريم، وقد روي عن أحمد أنه قال: العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة فان باع بنقد ونسيئة فلا بأس، وقال اكره

الخيار له وحده وكذلك اذا قلنا ان البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره . وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع

للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد قال ابن عقيل انما كره النسيئة لمضارعته الربا فان البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالاجل غالبا ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسئلة وللبيع نسيئة جميعاً لكن البيع بنسيئة مباح اتفاقا ولا يكره الا أن لا يكون له تجارة غيره

(فصل) فان باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لان ذلك يتخذ وسيلة الى الربا فهي كمسئلة العينة ، فان اشتراها بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها أو بمثله نسيئة جاز لما ذكرنا في مسئلة العينة ، وان اشتراها بنقد آخر بأكثر من ثمنها فهو كمسئلة العينة على ما ذكرنا من الخلاف ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه اذ لم يكن ذلك عن مواطأة ولا حيلة بل وقع اتفاقا من غير قصد لأن الاصل حل البيع وانما حرم في مسألة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا في معناه لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به ما دونه

(فصل) وفي كل موضع قلنا لا يجوز له أن يشتري لا يجوز ذلك لوكيله لانه قائم مقامه ويجوز لغيره من الناس سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما لانه غير البائع اشترى بنسيئة أشبه الاجنبي

﴿ مسئلة ﴾ (وإن باع ما يجري فيه الربا بنسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو مالا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز)

روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك وإسحاق وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي. قال علي بن حسين اذا لم يكن لك في ذلك رأى . وروى محمد بن عبد الله بن أبي مريم قال بعت تمراً من التمارين كل سبعة آصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمراً يبيعه أربعة آصع بدرهم فاشتريت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعت، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب قال عبد الله ابن عباس ما بعت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئا مما يكال بمكيال إلا ورقا أو ذهبا، فاذا أخذت ذلك فابتع ممن شئت منه أو من غيره ، فرجعت فاذا عكرمة قد طلبني فقال الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب ان فضل لي عنده فضل قال فاعطه أنت الكسر وخذ منه الدراهم ووجه تحريم ذلك انه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسئلة العينة ، وقد نص أحمد على ما يدل على هذا ، قال شيخنا والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما روى عنه عبد الله بن زيد قال قدمت على علي بن الحسين فقلت له إني أجد نخلي وأبيع فيمن حضرني الى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم ، قال لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأى وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الاول فصح كما لو كان المبيع الاول حيوانا أو ثيابا ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فان لم يأخذ بالثمن طعاما لكن اشترى من المشتري طعاما بدراهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها جاز كما في حديث علي بن الحسين

(فصل) والاحتكار حرام لما روى أبو امامة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام ، وعن

قبل التفرق ببيع أوهبة روايتان (احداهما) لا يصح لان في صحته اسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فان تفرقا قبل الفسخ صح وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري. قال أحمد في رواية أبي

سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من احتكر فهو خاطيء» رواها الاثرم ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » والاحتكار المحرم ما جمع ثلاثة شروط: (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل عليه من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً روي ذلك عن الحسن ومالك ، قال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر بل ينفع ، فان الناس اذا علموا أن عنده طعاما معداً للبيع كان أطيب لقلوبهم (الثاني) أن يكون قوتا ، فأما الادام والعسل والزيت وعلف البهائم فليس احتكاره بمحرم . قال الاثرم سئل أبو عبدالله عن أي شيء الاحتكار ؟ قال اذا كان من قوت الناس فهذا الذي يكره وهذا قول عبدالله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوي حديث الاحتكار ، قال أبو داود وكان يحتكر النوى والخبط والبزر ولان هذه الاشياء لا تعم الحاجة اليها أشبهت الثياب والحيوان (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور قاله أحمد ، فظاهر هذا ان البلاد الواسعة الكبيرة كبغداد والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالبا (الثاني) أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، وأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد لم يحرم

(فصل) ويستحب الاشهاد في البيع لقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) وأقل أحوال الامر الندب ولانه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد ، ويختص ذلك ماله خطر فأما مالا خطر له كحوائج البقال والعطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لأنها تكثر فيشق الاشهاد عليها وتقبح إقامة البينة عليها ، والترافع الى الحاكم بخلاف الكثير وليس ذلك بواجب في واحد منها ولا شرطا له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي واسحاق ، وقال قوم هو فرض لا يجوز تركه روي ذلك عن ابن عباس وممن رأى الاشهاد في البيع عطاء وجابر بن زيد والنخعي لظاهر الامر قياسا على النكاح . ولنا قوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته) قال أبو سعيد : صار الأمر الى الأمانة وتلا هذه الآية ، ولان النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه ومن رجل سراويل ومن أعرابي فرسا فجحده الاعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ، ولم ينقل أنه اشهد في شيء من ذلك وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الاسواق فلم يأمرهم بالاشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لنقل ، وقد أمر النبي ﷺ عروة بن الجعد البارقي أن يشتري له أضحية ولم يأمره بالاشهاد ، ولان المبايعة تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها فلو وجب الاشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (ما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد إلى حفظ الاموال والتعليم كما أمر بالرهن والكاتب ، وليس بواجب وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى

(فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وقال

طالب اذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط رده الى صاحبه ان طلبه فان لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه. فقوله برده ان طلبه يدل على أن وجوب رده

قوم لا بأس به. والصحيح الاول للحديث المذكور فان باع فالبيع صحيح لانه تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية ، وفي قول النبي ﷺ «قولوا لا أربح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

باب الشروط في البيع

وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع كالتقابض وطول الثمن ونحوه فهذا لا يؤثر فيه لانه بيان وتأكيد لمقتضى العقد فوجوده كعدمه (الثاني) شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتبا أو خطيباً أو صانعاً أو مسلما أو الامة بكراً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيوداً فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به فان لم يف به فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به لانه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار الشرط مستحقا لقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا

﴿مسئلة﴾ (فان شرطها ثيبا كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له لانه زاده خيراً وليس ذلك يزيد في الثمن فاشبه ما لو شرطه غير صانع فبان صانعاً)

وهذا قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر ويحتمل أن له الفسخ لان له فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة اكثرة لصلاحيتها للمسلمين والكفار أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقد دل اشتراطه على أن له قصداً صحيحا. فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشرطها سبطة فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيراً .

(فصل) فان شرط الشاة لبونا صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه، ولنا أنه امر مقصود يتحقق من الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الامة والهملجة في الدابة وإنما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة والجهالة فيما كان تبعا لا تمنع الصحة ولذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعه معها. وكذلك يصح بيع اساسات الحيطان والنوى في التمر وان لم يجز بيعها منفردين فان شرط أنها تحلب قدراً معلوماً لم يصح لان اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به ، وإن شرطها غزيرة اللبن صح لأنه يمكن الوفاء به . وان شرطها حاملا صح . وقال القاضي قياس المذهب أن لا يصح لان الحمل لا حكم له. ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ريح

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا . وقوله ان الحمل لا حكم له لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم في الدية بأربعين خلفة في بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من

مشروط بطلبه وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فكان على بكر صعب وكان يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول له أبوه لا يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم أحد فقال له النبي

إقامة الحد عليها من أجل حملها . وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لاعنها حال حملها فانتفى عنه ولدها ، فان شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجها واحداً لانه لا يمكن الوفاء به ، وكذلك ان شرط انها لا تحمل لذلك ، وقال مالك لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرهن ، ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وان شرطها حائلا فبانت حاملا فان كانت أمة فهو عيب يثبت الخيار وان كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً ، ويحتمل أن يستحق لأنه قد يريدها لسفر أو حمل شيء لا تتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض في الدجاجة فقيل لا يصح لانه لاعلم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم وقيل يصح لانه يعرف بالعادة فأشبه اشتراط الشاة لبونا

(مسئلة) (وان اشترط الطائر مصوتا أو انه يجيء من مسافة معلومة صح وقال القاضي لا يصح)

اذا شرط في الهزار والقمري ونحوها انه مصوت فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لان صياح الطير يجوز أن يوجد وأن لا يوجد ولانه لا يمكنه اكراهه على التصويت. والاولى جوازه لان فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وان شرط في الحمام انه يجيء من مسافة معلومة صح أيضاً اختاره أبو الخطاب لان هذه عادة مستمرة وفيها قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد والهملجة وقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لان فيه تعذيبا للحيوان أشبه مالو شرط الكبش مناطحا. وان شرط الغناء في الجارية لا يصح لان الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا. وان شرط في الكبش النطاح أو في الديك كونه مناقراً لم يصح لانه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية. وان شرط أن الديك يوقظه للصلاة لم يصح لانه لا يمكن الوفاء به وان شرط أنه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى التصويت في القمري على ماذكرنا

(والثالث) أن يشترط نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثني سكناها سنة ، أو دابة ويشترط ظهره إلى مكان معلوم أو عبداً ويستثني خدمته مدة معلومة نص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي وأبي ثور واسحاق وابن المنذر، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح لانه يروى ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولانه ينافي مقتضى البيع فاشبه مالو شرط أن لا يسلمه ذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى انه يبطل البيع والشرط نقلها عبد الله بن محمد في الرجل يشري من الرجل الجارية ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل قال شيخنا وهذه الرواية لاتدل على محل النزاع في هذه المسئلة فان اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) انها مجهولة فاطلاقه يقتضي خدمتها أبداً وهذا لاخلاف في بطلانه انما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها وذلك يفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها وهذا لا يوجد في غيرها ولذلك منع اعارة الأمة الشابة لغير محرمها وقال

صلى الله عليه وسلم « بعنيه » فقال عمر هولك يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هولك ياعبد الله بن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا يدل على أن التصرف قبل التفرق جائز وذكر أصحابنا في صحة تصرف

مالك ان اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وان كان الى مكان بعيد كره لان اليسير تدخله المسامحة

ولنا ماروى جابر انه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره الى المدينة وفي لفظ قال فبعته بأوقية واستثنيت حملانه الى أهلي متفق عليه وفي لفظ فبعته بخمس أواق قال قلت على ان لي ظهره الى المدينة قال « ولك ظهره الى المدينة » رواه مسلم ولان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ولان المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلا مؤبرة أو أرضا مزروعة أو داراً مؤجرة أو امة مزوجة فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ولم يصح نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط وإنما نهى عن شرطين في بيع فمفهومه إباحة الشرط الواحد وقياسهم منقوض بشرط الخيار والتأجيل في الثمن

(فصل) وان باع أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يصح لأن الوطء لايباح في غير ملك أو نكاح لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه لأنها مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك ، واختار ابن عقيل عدم الاباحة أيضا وهو قول أكثر الفقهاء

(فصل) وان باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا فان كان عالما بذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وان لم يعلم فله خيار الفسخ كمن اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وان اتلف المشتري العين فعليه أجرة المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن البيع وان تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه احمد وقال يرجع البائع على المبتاع باجرة المثل قال القاضي : معناه عندي القدر الذي نقصه البائع لاجل الشرط وظاهر كلام احمد خلاف هذا لانه يضمن مافات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل فاما ان تلفت بغير فعله وتفريطه لم يضمن قال الاثرم : قلت لابي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لانه كان له حملان؟ قال لا إنما شرط عليه هذا بعينه لانه لا يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة بثمرتها أو غير المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت ، وقال القاضي عليه ضمانها أخذا من عموم كلام أحمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع باجرة المثل وكلامه محمول على حالة التفريط على ماذكرناه

(فصل) إذا اشترط البائع منفعة المبيع فاراد المشتري أن يعطيه مايقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه احمد لان حقه تعلق بعينها أشبه مالو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولان البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها فان تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وان أراد البائع اعارة العين أو اجارتها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة الموصى بمنافعها ولا تجوز اجارتها إلا لمثله في الانتفاع فان أراد اجارتها أو اعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لايجوز له اجارة العين المستأجرة لمن لايقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل .

المشتري بالوقف وجها آخر لانه تصرف يبطل الشفعة فاشبه العتق والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات لان المبيع يتعلق به حق البائع تعلقا يمنع جواز التصرف فمنع صحته كالرهن. ويفارق

(فصل) وان قال بعتك هذه الدار واجرتكها شهرا لم يصح لانه اذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فاذا أجره اياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ماملكه المشتري فلم يصح قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كذا بقفيز منه فيصير كانه شرط له القفيز عوضا عن عمله في باقي الكر المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا أو بغلة ويشترط حذوها نعلا أو حزمة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره، واحتج أحمد بما روي أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها، وبه قال اسحاق وأبو عبيدة، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري بغلة ويشترط على البائع حذوها، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد أشبه الشروط الفاسدة، وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط ولنا ماتقدم في قضية محمد بن مسلمة ولانه بيع واجارة لانه باعه الثوب وأجره نفسه على خياطته وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعينين ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط قال أحمد: انما نهى عن شرطين في بيع وهو يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد ولابد من العلم بالمنفعة لها ليصح اشتراطها لأ نا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح وان شرط حذوها نعلا فلابد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء. قال احمد: في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك فان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك، وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه كقولنا في الاجارة.

(فصل) وإذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه وان أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله وان أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراض فلايجبر عليه أحد وان تراضيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لولم يشترطها فاذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لواستأجرها وكما يجوز أن تؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي ويحتمل أن لا يجوز لانه مشترط بحكم العادة والاستحسان لاجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فانه يجوز أن يرد في الخبز والخمير قل أو كثر ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة لم يجز ولانه أخذ عوضا عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعاً وهو ما إذا باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته الى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك

﴿مسئلة﴾ (وذكر الخرقي في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج ههنا مثله)

الوقف العتق لان العتق مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحتمل أنه أراد هبة وهو الظاهر فانه لم يذكر ثمنا والهبة لا يثبت

إذا اشترى زرعاً أو جزه من الرطبة أو ثمرة على الشجر فالحصاد وجز الرطبة وجذاذ الثمرة على المشتري لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع بخلاف الكيل والوزن والعدد فانها على البائع لانها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع ، وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا. فان شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الخرقي يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي : المذهب جواز الشرط ذكره أبو بكر وابن حامد وقال القاضي ولم أجد بما قاله الخرقي رواية في المذهب ، واختلف فيه أصحاب الشافعي فقال بعضهم إذا شرط الحصاد على البائع بطل البيع قولا واحداً وقال بعضهم يكون على قولين فمن افسده قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط ما لا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعا ، ومن أجازه قال هذا بيع واجارة وكل واحد منهما يصح افراده فصح جمعهما كالعينين وقولهم شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع (والثاني) يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار (والثالث) ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ويبقى الشرط من المستلم فليس ذلك بتأخير التسليم فاذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه. فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف بدليل ثبوت الشفعة في الشقص دون السيف، وقد صح الجمع بينهما . وقول الخرقي ان العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص هذه المسئلة وشبهها مما يفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع قد يريد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي إلى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله ، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع كما ذكرنا في صدر المسئلة والاول أولى لوجهين (أحدهما) انه قد قال في موضع آخر ولا يبطل البيع شرط واحد (والثاني) ان المذهب انه يصح اشتراط منفعة البائع في البيع كما ذكرنا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جمع بين شرطين لم يصح)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهي عن الشرطين في البيع وهو ماروي عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لابي عبد الله ان هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على اباحة الشرط حين باعه جمله وشرط ظهره إلى المدينة. واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما فروي عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على

فيها الخيار . وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه واما ان يكون للمشتري والبائع علك فسخه فجعل البيع والهبة فسخا واما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره فاذا قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

البائع خياطته أو قصارته أو طعاماً واشترط طحنه وحمله إن شرط أحدهذه الاشياء فالبيع جائز، وان اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو هذا التفسير وروى الاثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد ولا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع ان يقول اذا بعتها فانا أحق بها بالثمن ، وان تخدمني سنة فظاهر كلام احمد ان الشرطين المنهي عنهما ماكان من هذا النحو ، واما ان شرط شرطين أو اكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط ان يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لايؤثر في العقد وان كثر ، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أوفاسدين لمصلحة العقد أو لغير مصلحته اخذاً من ظاهر الحديث وعملا بعمومه ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ورووا ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولان الصحيح لايؤثر في البيع وان كثر والفاسد يؤثر فيه وان اتحد والحديث الذي رويناه يدل على الفرق ولان الغرر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مرويا في مسند فلا يعول عليه، والذي ذكره القاضي في المجرد بعيد أيضا . فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ماهو من مصلحة العقد كالاجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر في بطلانه قلت أوكثرت . ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم فالظاهر أنه غير مراد له والاولى تفسيره بما حكاه ابن المنذر والله اعلم

(فصل) (الثاني) فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) أن يشرط على صاحبه عقدا آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يبطل البيع ، ويحتمل أن يبطل الشرط وحده) المشهور في المذهب ان هذا الشرط فاسد يبطل به البيع لان النبي ﷺ قال « لايحل بيع وسلف ولا شرطان في بيع » قال الترمذي هذا حديث صحيح ولان النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة ، حديث صحيح وهذا منه ، قال احمد وكذلك كل مافي معنى ذلك مثل ان يقول على ان تزوجني ابنتك او على أن أزوجك ابنتي فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود صفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسدا قال ولا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير

ولنا الخبر والنهي يقتضي الفساد ولان العقد لايجب بالشرط لكونه لايثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بالشرط فاذا فات فات الرضا به ولانه شرط عقداً في عقد فلم يصح كنكاح الشغار ، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحا ، ويحتمل ان يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ماإذا شرط ماينافي مقتضي العقد على ما نذكره ان شاء الله تعالي

ولنا على ابطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار وقولهم يملك الفسخ قلنا الا ان ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهب لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه

(الثاني) شرط ماينافي مقتضى البيع نحو ان يشترط ان لاخسارة عليه أو متى نفق المبيع والا رده أو الا يبيع ولا يهب ولا يعتق وان اعتق فالولاء له أو يشترط ان يفعل ذلك فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي ﷺ في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لانها في معناه وهل يبطل بها البيع ؟ على روايتين ، قال القاضي : المنصوص عن احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن ابي ليلى وأبو ثور (والثانية) البيع فاسد وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقداً آخر ، ولان الشرط اذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك اذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي ولانه قد روي عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع وشرط

ووجه الاولى ماروت عائشة قالت : جاءتني بريرة فقالت : كانت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، فقلت ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت : اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال « خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق » ففعلت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى ، ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فابطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب فان قيل المراد بقوله « اشترطي لهم الولاء » اي عليهم بدليل انه امرها به ولا يأمرها بفاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين احدهما ان الولاء لها باعتاقها فلا حاجة الى اشتراطه (الثاني) انهم ابوا البيع الا ان يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم انهم لا يقبلونه منها واما امرها بذلك فليس هو امراً على الحقيقة ، وانما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقول الله تعالى (استغفر لهم اولا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا اولا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء اولا تشترطي ولهذا قال عقيبه « فانما الولاء لمن اعتق » وحديثهم لا اصل له على ما ذكرنا وما ذكروه من المعنى في مقابلة النص لا يقبل

(فصل) واذا حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن ان كان هو المشترط لان البائع انما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري انما سمح له بزيادة الثمن من اجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا ويحتمل ان يثبت الخيار ولا يرجع بشيء كمن شرط رهنا او ضمينا فامتنع

(فصل) وان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارهما لان ذلك يدل على تراضيهما بامضاء البيع فيقطع به خيارهما كما لو تخايرا ويصح تصرفهما لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع البيع بعد انقطاع الخيار (وان تصرف البائع باذن المشتري احتمل ان يقع صحيحاً لان ذلك دليل على فسخ البيع أو استرجاع المبيع فيقع تصرفه بعد استرجاعه

الراهن والضمين ولان ماينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لارباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع . وان حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء قبضه أولم يقبضه على مانذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (الا اذا شرط العتق ففي صحته روايتان)

احداهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لان عائشة اشترت بريرة وشرط عليها اهلها عتقها وولاءها فانكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لانه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط أن لا يبيعه ولأنه شرط ازالة ملكه عنه أشبه مإذا اشترط أن يبيعه وليس في حديث عائشة انها شرطت لهم العتق انما اخبرتهم انها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها فان حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة على مابينا وان حكمنا بصحته فاعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وان لم يعتقه ففيه وجهان (احدهما) يجبر لان شرط العتق اذا صح تعلق بعينه فيجبر كما لو نذر عتقه (والثاني) لايجبر لان الشرط لايوجب فعل المشروط بدليل مالو شرط الرهن والضمين فعلى هـذا يثبت للبائع خيار الفسخ لانه لم يسلم له ماشرط أشبه مالو شرط عليه رهناً فلم يف به ، وان تعيب المبيع أوكان أمة فاحبلها أعتقه وأجزأه لان الرق باق فيه وان استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له. وان مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا وكم قيمته اذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين كالارش وفي الآخر يضمن بما نقص من قيمته

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري انه ان باعها فهو أحق بها بالثمن ان البيع جائز) روى المروذي عن أحمد انه قال هو في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لاشرطان في بيع » يعني انه فاسد لانه شرط أن يبيعه اياه وان يبيعه بالثمن الاول فهما شرطان في بيع نهي عنهما ولانه ينافي مقتضى العقد لانه شرط ان لا يبيعه من غيره اذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط ان لايبيعه الا من فلان وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود انه قال ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها ان بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحمد الحديث قال البيع جائزولا تقربها لانه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساده قال شيخنا ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط وفي رواية اسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها. وقول أحمد لا تقربها قد روي مثله فيمن اشترط في الامة أن لا يبيعها ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها أولايقربها والبيع جائز لحديث عمر المذكور. وقال القاضي

ويحتمل أن لا يصح لان البائع لايحتاج الى اذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا انه لا يصح كذا ههنا . وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لاينفذ ولكن ينفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح لانه بفسخ البيع عاد اليه الملك فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه ، وكذلك ان تقدم تصرفه ما ينفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

وهذا يدل على الكراهة لا على التحريم قال ابن عقيل عندي انه انما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

﴿ مسألة ﴾ (وان شرط رهنا فاسدا كالخمر ونحوه فهل يبطل البيع على وجهين؟) أصلهما الروايتان في الشروط الفاسدة وقد مضى ذكرهما

(فصل) واذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على ان أقضيك دينك منه ، ففعل ، فالشرط باطل لانه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يفسد البيع ؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع على ما ذكرنا . وان قال اقبضني حقي على ان أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لانه أقبضه حقه وان قال أقبضني أجود من مالي على ان ابيعك كذا فالقضاء والشرط باطلان وعليه رد ما قبضه ويطالب بماله

(فصل) ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لا ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يثبت الملك فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع زيادته المتصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته محتجاً بحديث بريرة فان عائشة اشترتها بشرط الولاء فاعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل غير أنه عقد فيه تسليط فوجب ان يملكه كالعقد الصحيح . ولنا انه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة أو دماً فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لا على ما ذكروه وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهلها حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل) وعليه رد المبيع مع نمائه المنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يديه ، وان نقص ضمن نقصه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة أيضا وإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولان أحمد نص عليه في الغصب ولانه قبضه باذن مالكه فأشبه العارية ، وذكر الخرقي في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه ، ولان في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه ارش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع لأنه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها. فان قيل إذا أوجبتم

(فصل) وإن تصرف أحدهما بالعتق نفذ عتق من حكمنا بالملك له ، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فينفذ عتقه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لانه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي ﷺ «لاعتق فيما لايملك ابن آدم » يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق كما لو باع عبدا بجارية معينة فان مشتري العبد ينفذ عتقه مع أن للبائع الفسخ

مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها باصبعه ثم وطئها؟ قلنا لان مهر البكر ضمان المنفعة وارش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا ، وأما الثاني فانه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نفع هـذا الجزء فوجبت قيمة ما استوفى من نفعه وإذا أتلفه وجب ضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فانه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به لذلك ولاولاء عليه لأنه حر الأصل وعلى الواطيء قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتا لم يضمن لانه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ . فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ولان الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه فان كان الضارب اجنبياً فالقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة وللسيد أقل الامرين من دية الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيا ولذلك ضمنه للبائع وانما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئا وان كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منهـا لانه بسبب ذلك ضمن ، وان ضرب الواطيء بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضا ولا يرث منها شيئاً ، وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا ، وان سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة وان تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه وان ملكها الواطيء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علقت منه في غير ملكه فأشبهت الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره لا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه ، وعلى المشتري رده على البائع الاول لانه مالكه ولبائعه أخذه حيث وجده ، ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائعه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير اذن صاحبه فكان ضامنا. فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه، وان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشترى بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ماكان عليه أو ولدت الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل علي أن لايكون في مقابلة الزيادة عوض ، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد

ولو وهب رجل ابنه عبداً فأعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب لاسترجاعه ، ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب ، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك ينفذ عتقه لانه ملكه وان كان الملك انتقل فانه يسترجعه بالعتق . ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبد ابنه الذي وهبه اياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل الى المشتري ، وان قلنا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل الى المشتري نفذ عتق

زيادتها أسقطت تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف ، قال القاضي وهذا ظاهر كلام احمد

(فصل) واذا باع بيعاً فاسداً وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه في يده فكان أحق به كالمرتهن . ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) واذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المبيع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا مالو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة . لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ولذلك لم يجز في النكاح . أما في مسألتنا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لان العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان

(الثالث أن يشترط شرطا يعلق البيع كقوله بعتك ان جئتني بكذا أو ان رضي فلان) فلا يصح البيع لانه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما اذا قال : بعتك اذا جاء رأس الشهر

﴿مسئلة﴾ (وكذلك اذا قال المرتهن ان جئتك بحقك في محله والا فالرهن لك ، فلا يصح البيع ، الا بيع العربون وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما ويقول ان اخذته وإلا فالدرهم لك . فقال احمد يصح لان عمر فعله وعند أبي الخطاب أنه لا يصح)

وممن روي عنه القول بفساد الشرط ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم ، والاصل في ذلك ماروى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم قال الاثرم قلت لاحمد مامعنى قوله لا يغلق الرهن ؟ قال لا يدفع رهن الى رجل ويقول : ان جئتك بالدراهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك . قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يغلق الرهن عند مالك والثوري واحمد وانما فسد البيع لانه معلق بشرط مستقبل فلم يصح كالمسئلة قبلها ، وكما لو قال ان ولدت ناقتي فصيلا فقد بعتكه بدينار

(فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع الى البائع درهما أو اكثر على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فهو للبائع . يقال عربون وعربون وعربان وأربان . قال أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئا قال احمد هذا في معناه ، وقال أبو الخطاب لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون رواه ابن ماجه ولانه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لاجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما

البائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ماذكرنا وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لاينفذ عتق واحد منهما لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه لانه عاد العبد اليه فأشبه مالو استرجعه بصريح قوله ، ولواشترى من يعتق عليه

لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم (قال شيخنا) وهذا هو القياس وانما صاراحمد فيه الى ماروي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دارالسجن من صفوان بن أمية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا ، قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه قال أي شيء أقول هذا عمر رضي الله عنه ؟ وضعف الحديث المروي . روى هذه القصة الاثرم باسناده

(فصل) فاما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لاتبع هذه السلعة لغيري وان لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدإ وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي اشتري لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون . وان لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله لانه لو كان عوضا عن ذلك لما جازجعله من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بالبيع لاتجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال بعتك على ان تنقدني الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلابيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه) وهذا قول أبي حنيفة والثوري وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال به أبو ثور اذا كان الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة فسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أنه يروى عن عمر ولانه علق رفع العقد بامر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ولانه بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ولان هذا بمعنى شرط الخيار لانه كما يحتاج الى التروي في المبيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج الى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولا فهما شبيهان في المعنى وان تغايرا في الصورة الا أنه في الخيار يحتاج الى الفسخ وهذا ينفسخ إذا لم ينقد في المدة المذكورة لانه جعله كذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ وعنه يبرأ الا أن يكون البائع علم العيب فكتمه)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي . وقال ابراهيم والحكم وحماد لايبرأ إلا مما سمى ، وقال شريح لا يبرأ الا مماأراه أووضع يده عليه ، وروي عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه يروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا الى عثمان فقال عثمان لابن عمر تحلف انك لم تعلم بهذا العيب ؟ قال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم رواه الامام أحمد ، وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا ويتخرج

جرى مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه. وان باع عبداً بجارية بشرط الخيار فاعتقهما نفذ عتق الامة دون العبد وان اعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فان أعتق الامة أولا نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد وان أعتق العبد أولا انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لانها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها البائع لها

أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول ، وروي هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث دوست الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه » وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولانه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعتاق ولا فرق بين المجهول وغيره فما يثبت فى أحدهما يثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة

(فصل) وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع فى ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فانهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط. ويكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) يفسد بها العقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عن ماله بهذا الشرط فاذا فسد الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي .

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن باعه داراً أو ثوباً على أنه عشرة أذرع فبان احد عشر فالبيع باطل) لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وانما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً، وعنه أنه صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نقص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فان رضي بالاخذ أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أولهما) له الفسخ لان عليه ضرراً في المشاركة (والثاني) لاخيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغريره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسلط به على فسخ عقد المشتري، فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز، وإن بانت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم، ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً فى القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين فى المعيب أن له إمساكه وأخذ الارش، فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه إنما رضي ببيعها بكل الثمن فاذا لم يصل اليه ثبت له الفسخ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذى رضيه فأشبه مالو اشترى معيباً فرضيه بجميع الثمن وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لانها

(فصل) إذا قال لعبده اذا بعتك فأنت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يعتق لانه اذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له

ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لان البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب

معاوضة فجازت بتراضيهما كغيرها

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لانه لاضرر في رد الزيادة وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لايكون قبضها إلا بالكيل فان وجدها قدر حقه أخذها وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن نقصت أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة؟ على وجهين (أحدهما) له الخيار وهو مذهب الشافعي لانه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لاخيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

﴿ باب الخيار في المبيع ﴾

(وهو على سبعة أقسام : أحدها خيار المجلس ويثبت في البيع والصلح بمعناه والاجارة ويثبت في الصرف والسلم وعنه لايثبت فيهما ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين)

وجملته أن خيار المجلس يثبت في البيع بمعنى أنه يقع جائزاً ولكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخه ماداما مجتمعين لم يتفرقا ، وهو قول اكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال مالك وأصحاب الرأي يلزم العقد بالايجاب والقبول ولا خيار لهما لانه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع

ولنا ماروى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا « تبايع الرجلان فلكل واحد منهما الخيار مالم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فان خير أحدهما الاخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » رواه الائمة ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برزة الاسلمي ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والليث ابن سعد وغيرهم وهو صريح في حكم المسألة وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته الحديث مع روايته له وثبوته عنده قال الشافعي لاأدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً واعظم أن أقول عبد الله بن عمر . وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . فان قيل المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالاقوال كقوله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالاقوال والاعتقادات قلنا هذا باطل لوجوه منها ان اللفظ لايحتمل ماقالوه اذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا اعتقاد انما بينهما اتفاق على

الحرية كما لو قال لعبده اذا مت فأنت حر ، ولانه علق حريته على فعله للبيع والصادر منه في البيع انما هو الايجاب فمتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلله القاضي بان الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق ولا يصح هـذا التعليل على مذهبنا فاننا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

البيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث اذ قد علم انها بالخيار قبـل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث «اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار بعد تبايعهما » وقال « وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » (والرابع) انه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة بقوله مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه وقول عمر البيع صفقة او خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشرط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه لانه قد روي عن الجوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ماقالوه لم يجز ان يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فانه لاحجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن قول الصحابي لايحتج به اذا خالفه غيره من الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما، ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع الا بعد رؤية ونظر غالباً فلا يحتاج الى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد والحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله وضعف مايذكره المخالف في مقابلته

(فصل) ويثبت الخيار في الصلح بمعنى البيع لانه عقد معاوضة أشبه البيع . والهبة اذا شرط فيها عوضاً معلوماً ثبت فيها الخيار في احدى الروايتين بناء على الاختلاف فيها هل تصير بيعاً أو لا ويثبت في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ويثبت في الصرف والسلم وما يشرط فيه القبض في المجلس كبيع مال الربا بجنسه في الصحيح لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وعنه لايثبت فيها قياساً على خيار الشرط فانه لايثبت فيها رواية واحدة لان موضوعها على ان لا يبقى بينهما علقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقي بينهما علقة ولايثبت في سائر العقود

وهي على اضرب (أحدها) لازم لايقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما خيار لان الخيار انما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جابراً لما يذهب من ماله والعوض ههنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة بغير عوض ولأن في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه

(الضرب الثاني) لازم من أحد طرفيه كالرهن لازم في حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت الخيار والراهن يستغني بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لاخيار لهما لانهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن ، وكذلك المكاتب

(الضرب الثالث) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية فلا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها

(الضرب الرابع) ماهو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة ، وظاهر المذهب انهما جائزان فلا يدخلهما خيار ، وقيل هما اجارة فلهما حكمها ، والسبق والرمي الظاهر انهما جعالة فلا

(فصل) ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار اذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لانه يتعلق بها حق البائع فلم يبح له وطؤها كالمرهونة ولا نعلم في هذا اختلافا، فان وطئها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لانها مملوكته ، وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه لانه من أمته ، ولا يلزمه قيمته وتصير أم ولد له ، وان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لانه تعذر

يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد ذكرناه ، فأما الحوالة والأخذ بالشفعة فهو عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لا يثبت في الآخر كسائر العقود ، ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانه يقصد فيهما العوض فأشبها سائر عقود المعاوضات

﴿ مسئلة ﴾ (ولكل واحد من المتبايعين الخيار مالم يتفرقا بأبدانهما لما ذكرناه) ولا خلاف في لزوم العقد بعد التفرق مالم يكن سبب يقتضي جوازه مثل أن يجد في السلعة عيباً فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشرط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيبين بخلافه أو يخبره في المرابحة بثمن حال وهو مؤجل ونحو ذلك وقد دل على لزوم البيع بالتفرق قول النبي صلى الله عليه وسلم «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » والمرجع في التفرق الى عرف الناس وعاداتهم لأن الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل على انه أراد مايعرفه الناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات وقيل هو ان يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الأبدان فقال اذا أخذ هذا هكذا وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا . وروى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر اذا باع فأراد أن لا يقيله مشى هنيهة ثم رجع ، وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو الى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت ونحو ذلك ، فان كانا في دار صغيرة فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه ، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى ، وإن كانت كبيرة صعد أحدهما الى أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي ، فان كان المشتري هو البائع مثل أن اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه يتولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه كغيره فعلى هذا يعتبر للزومه مفارقة مجلس العقد لأن الافتراق لا يمكن هاهنا لكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه علماه أو جهلاه لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ، ولو هرب أحدهما من الآخر لزم العقد لانه فارقه ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما ستراً أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما وقاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله وان طالت المدة لعدم التفرق ، وقد روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي الوضيء قال غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام الى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه اليه فقال بيني وبينك

الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها لانه حدث في ملك المشتري ، وان قلنا ان الملك لا ينتقل الى المشتري فلا حد عليه أيضا لان له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم نمائها . وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع ، وقال بعض أصحاب

أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالوا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » وما أراكما افترقتما . فان فارق أحدهما الآخر مكرهاً احتمل بطلان الخيار لوجود التفرق ولانه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه كما لو علق عليه الطلاق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار ان أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه ويبقى الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه الاكراه فيه حتى يفارقه ، وان أكرها جميعا انقطع خيارهما لان كل واحد منهما ينقطع خياره بتفرقة الآخر له فأشبه مالو أكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه مالو رأيا سبعا أو ظالما خشياه فهربا فزعا منه أو حملهما سيل أو فرقت بينهما ريح . فان خرس أحدهما قامت اشارته مقام نطقه فان لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو الحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحق وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابنا يلحقه لان لهما فسخ العقد فكان لهما إلحاق الخيار به كالمجلس . ولنا أنه عقد لازم فلم يصر جائزاً بقولهما كالنكاح وفارق المجلس فانه جائز فجاز ابقاؤه على جوازه

(فصل) وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا الا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقوله « الا أن يكون صفقة خيار » يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فانه لا يلزم بتفرقهما لكونه ثابتاً بعده بالشرط ، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرط فيه أن لا يكون فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق. وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام احمد في رواية الاثرم فانه ذكر له فعل ابن عمر وهذا الحديث فقال هذا الان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو اختيار أبي بكر ، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لأن ابن عمر فعله والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر ان ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن يتبايعا على أن لاخيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في احدى الروايتين ، وان اسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان الخيار يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير ولا بالاسقاط قبل العقد ولا بعده وهو ظاهر كلام الخرقي لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص في رواية حكيم بن حزام وأبي برزة

الشافعي له وطؤها لان البيع ينفسخ بوطئه . فان كان الملك انتقل رجعت اليه وان لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها فيكون واطئا لمملوكته التي لا حق لغيره فيها

ولنا ان الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان ابتداء الوطء يقع في غير ملكه

وأكثر الروايات عن عبدالله بن عمرو. والتقييد انما هو في حديث ابن عمر ، ومتى انفرد بعض الرواة بزيادة قدم قول الاكثرين وذوي الضبط (والرواية الثانية) ان الخيار يبطل بالتخاير اختارها ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح انشاء الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « فان خير احدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » يعني لزم ، وفي لفظ المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار ، فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع » متفق عليه. والاخذ بالزيادة اولى وهي صريحة في الحكم ، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد فالتخاير في ابتدائه ان يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا يكون لهما خيار، والتخاير بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد والزامه او اخترت العقد او اسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط فاسقطه احدهما ، وقال اصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء العقد قولان اظهرهما لا يقطع الخيار لأنه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فعلى هذا هل يبطل به العقد ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة. ولنا ما ذكرنا من حديثي ابن عمر وذلك صريح في الحكم فلا نعول على ما خالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط ، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ممنوع فان سبب الخيار البيع المطلق ، فأما البيع مع التخاير فليس سبباً له ثم لو ثبت أنه سبب للخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه، والشفعة لنا فيها منع وان سلم فالفرق بينهما ان الشفيع أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئاً فالساكت على خياره لانه لم يوجد منه مايبطله وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئاً ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار، والاول أولى لظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا انما كان اسقاطا فسقط

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني خيار الشرط وهو أن يشرط في العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وان طالت) هذا قول أبي يوسف ومحمد وابن المنذر وحكي ذلك عن الحسن بن صالح وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها في

فيكون حراما ، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم تحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال بعض أصحابنا ان علم التحريم وان ملكه قد زال ولا ينفسخ بالوطء فعليه الحد وذكر ان أحمد نص عليه لان وطأه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك

ولنا أن ملكه يحصل بابتداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك

أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها،وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز اكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضي أخذ وان سخط ترك. ولان الخيار ينافي مقتضى البيع لانه يمنع الملك واللزوم واطلاق التصرف،وانما جاز للحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ـ بعد قوله ـ فيأخذكم عذاب قريب)

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل ولم يثبت ماروي عن عمر رضي الله عنه وقد روي عن أنس خلافه،وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فانها لا يمكن ضبط الحكم بها لخفائها واختلافها وانما يرتبط بمظنتها وهو الاقدام فانه صالح أن يكون ضابطا وربط الحكم به في الثلاث وفي السلم والأجل،وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح لان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وان سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى

(مسئلة) (ولا يجوز مجهولا في ظاهر المذهب ، وعنه يجوز وهما على خيارهما مالم يقطعاه أو تنتهي مدته)

إذا شرط الخيار أبداً أو متى شاء ، أو قال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه الى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاورة انسان ونحو ذلك لم يصح في الصحيح من المذهب هذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه أو تنتهي مدته ان كان مشروطا إلى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم وقال مالك يصح ويضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقرر في العادة فاذا أطلقا حمل عليه،وقال أبو حنيفة إن اسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته صح لانهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه

ولنا انها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولان اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الابد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف ،وقول مالك انه يرد إلى العادة لا يصح فانه لا عادة في الخيار يرجع اليها واشتراطه مع الجهالة نادر،وقول أبي حنيفة لا يصح فان المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد، ولان العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فان كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطناه وان كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً كبيع درهم بدرهمين إذا حذف أحدهما ،وإذا قلنا بفسد الشرط هل يفسد به البيع ؟ على روايتين

(إحداهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لانه عقد قارنه شرط فاسد كنكاح الشغار،ولان البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري انما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه مالم يرض به ولان الشرط يأخذ قسطاً من الثمن فاذا حذفناه وجب رد ماسقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد به

له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت؟ مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها فيما اذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى فعلى هذا يكون ولده منها حراً ونسبه لاحق به ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه

العقد (والثانية) لا يفسد به العقد وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ولان العقد قد تم بأركانه والشرط زائد فاذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لانه يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا ، ويحتمل أن يصح لان ذلك يتفاوت في العادة ولا يكثر تفاوته ، وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح ، وان أراد نفس العطاء فهو مجهول

(فصل) وان شرطا الخيار شهراً يوما يثبت ويوما لا ، فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لانه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ، ويحتمل ان يبطل الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد بعضه فسد جميعه كما لو شرطه الى الحصاد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يثبت الا في البيع والصلح بمعناه والاجارة في الذمة أو على مدة لا تلي العقد)

لا نعلم خلافا في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس وكذلك الصلح بمعنى البيع لانه بيع بلفظ الصلح والهبة بعوض على إحدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه لان الاجارة بيع المنافع فاشبهت بيع الاعيان ، فاما الاجارة المعينة فان كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها خيار الشرط قياساً على البيع ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، فان كانت المدة لا تلي العقد يثبت فيها خيار الشرط اذا كانت مدة الخيار لا تشتمل على شيء من مدة العقد فان كانت بعض مدة العقد تدخل في مدة الخيار لم يجز لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة) وهذا مذهب الشافعي ، وعنه يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لان إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وايديكم إلى المرافق * ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك

ولنا أن موضوع (إلى) لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) وكالأجل وليس ههنا شك فان الاصل حمل اللفظ على موضوعه فكأن الواضع قال متى سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية . وفيما استشهدوا به حملت إلى على معنى مع بدليل، أو لتعذر حملها على موضوعها ولان الاصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت ما تيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وان شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح ، وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تتغيم فلا يعلم وقت طلوعها ، ولنا أنه تعليق للخيار بامر ظاهر معلوم فصح كتعليقه بغروبها، وطلوع الشمس بروزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص، ولذلك لو علق طلاق

وتصير الامة أم ولده ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق ولا يلحقه نسبه فان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير الامة أم ولده لانه وطئها في غير ملكه

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا حكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالاجارة وما ذكره لا يصح لأننا لم نجز له التصرف فيه

امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فمنع الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحته كان خياراً مجهولا

﴿مسئلة﴾ (وان شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد ويحتمل أن يكون من حين التفرق)

إذا شرط الخيار مدة معلومة اعتبرنا مدة الخيار من حين العقد في أظهر الوجهين والآخر من حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حقاً فلا حاجة إلى اثباته بالشرط ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه والاول أصح لانها مدة ملحقة بالعقد فأشبهت الاجل ،ولان الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع ولانا لو جعلنا ابتداءها من حين التفرق أدى إلى جهالته لانا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداؤه ولا وقت انتهائه ،ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والاحرام، فعلى هذا لو شرط ابتداءه من حين التفرق لم يصح إلا على قولنا بصحة الخيار المجهول،وان قلنا ابتداؤه من حين التفرق فشرط ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان خيار المجلس يغني عن خيار آخر فيمنع ثبوته والاول أولى ومذهب الشافعي فى هذا الفصل على ماذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلا له فيه) إذا شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلا لغيره فيه وهذا قول أبي حنيفة ومالك وللشافعي قولان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لان الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له ، وان جعل الاجنبي وكيلا صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع امكان تصحيحه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم» فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط له الخيار الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الاجنبي ، وان كان العاقد وكيلا فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وان شرطه للمالك صح لانه المالك والحظ له ، وان شرطه لأجنبي انبنى على الروايتين في صحة توكيل الوكيل

(فصل) ولو قال بعتك على أن استأمر فلانا أو حد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول فيه من الخلاف ما ذكرناه

(فصل) قول الخرقي « أو مات » الظاهر انه أراد العبد ورد الضمير اليه وهو في معنى قوله أو تلفت السلعة ، ويحتمل أنه رد الضمير الى المشتري وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار لأن موت العبد قد تناوله بقوله أو تلفت السلعة والحكم في موت البائع والمشتري واحد ، والمذهب أن خيار الميت منهما يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرطا الخيار لاحدهما دون صاحبه صح)

يجوز شرط الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ويجوز أن يشرطا لاحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وانما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لان أكثر مافيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار وبين مبيع لاخيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء مافيه شفعة ومالا شفعة فيه فانه يصح ويكون كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن فان فسخ البيع فيما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما معيبا فرده ،وان شرط الخيار في أحدهما لابعينه أو شرط الخيار لاحد المتعاقدين لابعينه لم يصح لانه مجهول فأشبه مالو اشترى واحداً من عبدين لابعينه،ولانه يفضي الى التنازع فربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد مايطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لايصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا كله مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر ، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعة . ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر الى رضى صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق، وماذكره ينتقض بالطلاق،والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

﴿ مسئلة ﴾ (فان مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما)

إذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقال القاضي لايلزم بمضي المدة وهو قول مالك لان مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الاجل في حق المولي . ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل ، ولان الحكم ببقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ولانه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ، ولان البيع يقتضي اللزوم وانما يختلف موجبه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لزوال المعارض كما لو أمضياه.وأما المولي فان المدة انما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فان قال أحد المتعاقدين عند العقد (لاخلابة) فقال أحمد : أرى ذلك جائزاً وله الخيار ان كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار .وذلك لأن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيع فقال « إذا بايعت فقل لاخلابة » متفق عليه ولمسلم « من بايعت فقل لاخلابة » فكان إذا بايع يقول لاخلابة قال شيخنا ويحتمل أن لا يكون له خيار ويكون هذا الخبر خاصا بحبان لانه روي أنه عاش الى زمن عثمان فكان

لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ، ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لانه حق مالي فينتقل إلى الوارث كالاجل وخيار الرد بالعيب ولانه حق فسخ للبيع فينتقل الى الوارث كالرد بالعيب والفسخ بالتحالف وهذا قول مالك والشافعي. ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثا وهذا يدل على اختصاصه بهذا لانه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي ﷺ جعل الخيار لمن قال لاخلابة ، وقال بعض الشافعية إن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ولان علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لانه روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لايزال يغبن فاتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال « إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت امسكت وان سخطت فارددها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق غيره ما لم يقم على اختصاصه دليل ، ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه، والخبر الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلا وهم لا يرون المرسل حجة ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه انما قالوا انه في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا ولا يعلم ذلك أحد لان اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه مالا يقتضيه ولا يدل عليه ، وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل ما رويناه ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه اه .

(فصل) اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس . قيل لأبي عبدالله فان أراد إرفاقه أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار لم يرد الحيلة ، فقال أبو عبدالله هذا جائز الا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته. وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع إلا باتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضي الى أن القرض جر منفعة

﴿ مسئلة ﴾ (وينتقل الملك الى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين)

ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لاحدهما أيهما كان وهو أحد أقوال الشافعي وعن أحمد ان الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما أو للبائع وان كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لان البيع الذى فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض، وللشافعي قول ثالث أن الملك موقوف فان أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » وقوله « من

(مسئلة) قال: (واذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده إلا بعيب أو خيار)

لاخلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق مالم يكن سبب يقتضي جوازه وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» وقوله «البيعان بالخيار حتى يتفرقا» جعل التفرق غاية للخيار وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها إلا أن يجد بالسلعة عيباً فيردها به أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة فيملك الرد أيضاً. ولا خلاف بين أهل العلم

باع نخلا بعد أن يؤبر فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع، ولانه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار فيه، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع لان التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه وقد أعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعوض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً، وقولهم إنه قاصر غير صحيح وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب، وامتناع التصرف إنما كان لاجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون، وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لانه يفضي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ويفضي أيضاً الى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري، أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبى ذلك، وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح فان انتقال الملك انما ينبني على سببه الناقل وهو البيع وذلك لا يختلف بامضائه وفسخه، فان امضاءه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع فان المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه، ولان البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبته وإن فسخ كبيع المعيب وهو ظاهر إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه)

ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه، قال أحمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالمال للمشتري، وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له، وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له وان فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له والا فهو للمشتري

ولنا قول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» قال الترمذي هذا حديث صحيح وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له، ولان الملك ينتقل بالبيع على ما بيناه فيجب أن يكون نماؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على قولنا إن الملك لا ينتقل، وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة

(فصل) وضمان المبيع على المشتري اذا قبضه أو لم يكن مكيلا ولا موزوناً فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لانه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه، وان كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك، وان اشترى حاملا فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدث فيه زيادة منفصلة فلزم رده

في ثبوت الرد بهذين الامرين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » استشهد به البخاري وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيتبين بخلافه فيثبت له الخيار أيضاً ويقرب منه مالو أخبره في المرابحة في الثمن أنه حال فبان مؤجلا ونحو هذا ونذكر هذا في مواضعه .

بزيادته كما لو اشترى عبدين فسمن أحدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يرد الولد لان الحمل لا حكم له لانه جزء متصل بالام فلم يأخذ قسطا من الثمن كأطرافها . ولنا أن كل مايقسط عليه الثمن اذا كان منفصلا يقسط عليه اذا كان متصلا كاللبن وماقالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع ، والحكم في الاصل ممنوع ثم يفارق الحمل الاطراف لانه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلا ويصح افراده منفصلا والوصية به وله ، ويرث إن كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته وقولهم لا حكم للحمل لايصح لهذه الاحكام وغيرها مما قد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار الا بما يحصل به تجربة المبيع)

انما لم يجز لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار لانه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه علقه فيتصرف فيه المشتري فأما تصرفه بما يحصل به تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها ، والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها ، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فيجوز لان ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع

﴿مسئلة﴾ (فان تصرفا فيه ببيع أو هبة أو نحوها لم ينفذ تصرفهما)

اذا تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل الملك كالبيع والهبة والوقف أو يشغله كالاجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه إلا العتق على مانذكره سواء وجد تصرف من البائع أو المشتري لان البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن إلا ان يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لانه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لايمنع تصرفه فيه كالمعيب ، قال احمد اذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا فيما اذا اشترط الخيار له وحده ، وكذلك اذا قلنا إن البيع لاينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره ، وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان (إحداهما) لايصح لان في صحته اسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فان تفرقا قبل الفسخ صح ، وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري قال أحمد في رواية أبي طالب اذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط رده إلى صاحبه ان طلبه فان لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه . فقوله يرده ان طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه ، وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله ﷺ في سفر فكان على بكر صعب لعمر فكان يتقدم النبي ﷺ فيقول له أبوه لا يتقدم النبي ﷺ أحد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « بعنيه » فقال عمر فهو لك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك ياعبد الله ابن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا يدل على التصرف قبل التفرق ، والاول أصح وحديث ابن عمر ليس فيه

(فصل) ولو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة واصحابه يلحقه لان لهما فسخ العقد فكان لهما إلحاق الخيار به كحالة المجلس ، ولنا أنه عقد لازم فلم يصر جائزاً بقولهما كالنكاح وفارق حال المجلس لانه جائز

تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحمل على أنه أرادهبته وهو الظاهر فانه لم يذكر ثمنا والهبة لا يثبت فيها الخيار ، وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه ، وإما أن يكون للمشتري والبائع يملك فسخه ، فجعل البيع والهبة فسخا وأما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره وإن قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

ولنا على أبطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار ، وقولهم يملك الفسخ قلنا إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهبه لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل اخذه

(فصل) فان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارهما لانه يدل على تراضيهما بامضاء البيع فينقطع به خيارهما كما لو تخايرا ، وانما صح تصرفهما لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع بعد البيع انقطاع الخيار ويحتمل أن لا يصح تصرف البائع باذن المشتري لان البائع لا يحتاج الى إذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا أنه لا يصح كذا ههنا، وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن ينفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح لان الملك عاد اليه بفسخ البيع فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه الا اذا قلنا ان تصرفه لا ينفسخ به البيع وكذلك ان تقدم تصرفه بما ينفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ويكون تصرف البائع فسخا للبيع وتصرف المشتري اسقاطا لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالهما ، وان استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين وكذلك أن قبلته الجارية ويحتمل أن يبطل اذا لم يمنعها)

اذا تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك كان فسخا للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان تصرفه يدل على رغبته في المبيع فكان فسخا للبيع كصريح القول لان الصريح انما كان فسخا للبيع لدلالته على الرضا به فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق ، وعن احمد رواية أخرى لا ينفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد متاعه عند مفلس فتصرف فيه ، وان تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار بما ذكرنا ونحوه مما يختص الملك كاعتاق العبد وكتابته ووطء الجارية ومباشرتها ولمسها بشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجته أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره لان الخيار يبطل بالتصريح بالرضى وبدلالته ولذلك بطل خيار المعتقة بتمكينها من نفسها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، فأما ما يستعلم به المبيع كركوب الدابة ليختبر فراهتها والطحن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك فلا يدل على الرضا ولا يبطل به الخيار لانه

(فصل) وكلام الخرقي يحتمل أن يريد به بيوع الاعيان المرئية فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه. وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهو أحد قولي الشافعي، وفي رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول

المقصود بالخيار وفيه وجه آخر أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل الا بالتصريح كما لو ركب الدابة ليختبرها، والاول أصح لان هذا يتضمن اجازة البيع ويدل على الرضى به فيبطل به الخيار كصريح القول، ولان صريح القول انما يبطل به الخيار لدلالته على الرضى فما دل على الرضى بالمبيع يقوم مقام القول ككنايات الطلاق، وان عرضه على البيع أو باعه بيعا فاسداً، أو عرضه على الرهن، أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره على الوجه الاول لأن ذلك يدل على الرضى به، قال احمد اذا شرط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه وجب عليه حين عرضه

(فصل) وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (احداهما) لا يبطل خياره، قال أبو الصقر قلت لاحمد رجل اشترى جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طبخت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك؟ قال لا حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره. قلت فان مشطها أو خضبها أو حفها هل استوجبها بذلك؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها. وذلك لان الاستخدام لا يختص الملك ويراد به تجربة المبيع فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لانه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها بشهوة. ويمكن أن يقال ماقصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته، وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي، ويحتمل أن يبطل ذكره أبو الخطاب اذا لم يمنعها لان اقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها، وقال ابو حنيفة إن قبلته بشهوة بطل خياره لانه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره كما لو قبلها

ولنا انها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبلت البائع ولان الخيار له لالها فلو الزمناه بفعلها لالزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه بخلاف ما اذا قبلها فانه يدل على الرضى بها، ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحاله لان خياره لا يبطل برضى غيره الا أن يكون تصرف باذن البائع وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارهما، وكذلك إن تلف المبيع، وعنه لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة)

إذا تصرف أحد المتعاقدين بعتق المبيع في مدة الخيار نفذ عتق من حكمنا بالملك له، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فنفذ عتقه سواء كان الخيار لهما أو لاحدهما لانه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق من المشتري كما لو باع عبداً بجارية معيبة فان عتق المشتري ينفذ مع أن للبائع الفسخ. ولو وهب رجل ابنه عبداً فاعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب استرجاعه ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ينفذ عتقه لانه ملكه، وإن كان الملك انتقل فانه يسترجعه بالعتق، ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبد ابنه

الثاني للشافعي ، وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة . واحتج من أجازه بعموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وروي عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال ما أبالي لأني بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لانني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار لطلحة وهذا اتفاق منهم على صحة البيع

الذي وهبه إياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري ، وان قلنا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل إلى المشتري نفذ عتق البائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرناه . وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ، ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ، ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه لانه عاد العبد اليه أشبه ما لو استرجعه بصريح قوله إلا على الرواية التي تقول إن تصرف البائع لا يكون فسخاً للبيع فينبغي أن ينفذ اعتاق المشتري . ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه ، وان باع عبداً بجارية بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الامة دون العبد ، وان أعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فان أعتق الأمة أولا نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد ، وإن أعتق العبد أولا انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها الذي باعها .

(فصل) وإذا قال لعبده إذا بعتك فانت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن ابي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يعتق لانه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له ، ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لان البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب الحرية كما لو قال لعبده إذا مت فأنت حر ولانه علق حريته على فعله للبيع ، والصادر منه في البيع إنما هو الايجاب فمتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق ، ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا لاننا قد ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

(فصل) وإذا أعتق المشتري العبد بطل خياره وخيار البائع ، وهذا اختيار الخرقي كما لو تلف المبيع على ما نذكره ، وفيه رواية أخرى أنه لا يبطل خيار البائع لقول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » فعلى هذه الرواية له الفسخ والرجوع بالقيمة يوم العتق

(فصل) وان تلف المبيع في مدة الخيار فلا يخلو إما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ولا نعلم في هذا خلافا إلا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ، ويبطل خياره وفي خيار البائع روايتان وإن كان المبيع غير المكيل والموزون فلم يمنع البائع والمشتري من قبضه فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض ، وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان (إحداهما) يبطل وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لانه خيار فسخ فبطل بتلف

ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح. ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ولانه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بالاصل الذي ذكرناه. وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ولا يعارض به حديث

المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب (والثانية) لا يبطل وللبائع الفسخ ويطالب المشتري بقيمته أو مثله إن كان مثليا اختارها القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» ولانه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع كما لو اشترى ثوباً بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فانه يرده ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين وفيه وجه آخر أنه كالعتق لانه تصرف يبطل الشفعة فأشبه العتق)

والصحيح أن حكمه حكم البيع فيما ذكرنا لان المبيع يتعلق به حق البائع فقلنا بمنع جواز التصرف فمنع صحة الوقف كالرهن ويفارق الوقف العتق لانه مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف ولا نسلم أن الوقف يبطل الشفعة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان وطيء المشتري الجارية فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر ثابت النسب)

لا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لانه يتعلق بها حق البائع فلم يصح وطؤها كالمرهونة ولا نعلم في هذا خلافا ، فان وطئها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لانها مملوكته ، وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه لانه من امته ولا يلزمه قيمته لذلك وتصير أم ولد له ، فان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لانه تعذر الفسخ فيها ولا يرجع بقيمة ولدها لانه حدث في ملك المشتري ، وان قلنا إن الملك لا ينتقل إلى المشتري فلا حد عليه أيضا لان له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه فيها ، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وقيمة الولد وحكمها حكم عائهما ، وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها البائع وقلنا البيع ينفسخ بوطئه فكذلك ، وان قلنا لا ينفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا اذا قلنا الملك له ولا حد فيه على كل حال)

وقال أصحابنا عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا ينفسخ بوطئه وهو المنصوص ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع ، وقال بعض الشافعية له وطؤها لان البيع ينفسخ بوطئه فان كان الملك انتقل رجعت اليه ، وان لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها فيكون واطئا لمملوكته التي لا حق لغيره فيها، ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان ابتداء الوطء يقع في غير ملكه حراما، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم يحل حتى يستبرئها ولا حد عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، وقال بعض أصحابنا ان علم التحريم وان ملكه قد زال ولا ينفسخ الوطء فعليه الحد ، وذكر أن أحمد نص عليه لانه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك . ولنا أن ملكه

رسول الله ﷺ والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار بهن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع ، فان قيل فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح : قلنا

يحصل بابتداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت مع انه يحتمل ان يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه فيما اذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى، وعلى هذا يكون ولده منها حراً ثابت النسب ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه ، وتصير أم ولد له ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق لا يلحقه نسبه ، وان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير أم ولد له لانه وطئها في غير ملكه

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا الحكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالاجارة وما ذكره لا يصح لاننا لا نجيز له التصرف فيه

« مسئلة » (ومن مات منهم بطل خياره ولم يورث)

اذا مات أحد المتبايعين في مدة الخيار بطل خياره في ظاهر المذهب ، ويبقى خيار الآخر بحاله الا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيكون لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ويتخرج ان الخيار لا يبطل ، وينتقل الى ورثته لانه حق مالي فينتقل الى الوارث كالاجل وخيار الرد بالعيب ولانه حق فسخ فينتقل الى الوارث كالفسخ بالتحالف ، وهذا قول مالك والشافعي . ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

« فصل » (الثالث) خيار الغبن ويثبت في ثلاث صور (إحداها) اذا تلقى الركبان فباعهم أو اشترى منهم فلهم الخيار اذا هبطوا السوق وعلموا انهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة ، روي انهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن يهبطوا الاسواق فربما غبنوهم غبنا بينا فيضروا بهم وربما أضروا باهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا امتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويتربصون بها السعة فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك فروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه اكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق وحكي عن أبي حنيفة انه لم ير بذلك بأسا ، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبدالبر ، وعن أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي والاول اصح لماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولان النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها باثبات الخيار فأشبه بيع المصراة وفارق

هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه .
اذا ثبت هذا فانه يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوها فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لايشاهد منها مايختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب ، وان حكمنا بالصحة فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ فله ذلك وان لم

بيع الحاضر للبادي فانه لايمكن استدراكه بالخيار اذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين ، اذا تقرر هذا فللبائع الخيار اذا علم أنه قد غبن ، وقال أصحاب الرأي لاخيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لأحد مع قوله ، وظاهر المذهب انه لاخيار له الا مع الغبن لانه انما يثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه انه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ، وظاهر كلام الخرقي ان الخيار يثبت له بمجرد الغبن وان قل والاولى أن يتقيد بما يخرج عن العادة لان مادون ذلك لا ينضبط ، وقال أصحاب مالك انما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق باهل السوق لئلا ينقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله ، قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها ، وقال الليث بن سعد يباع في السوق وهذا مخالف لمدلول الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا هبط السوق ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهي عن التلقي لحقه لالحق غيره ، ولان الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله ولا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به دفعا للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته فلا يعرج على مثل هذا

(فصل) فان تلقاهم فباعهم شيئا فهو كمن اشترى منهم ولهم الخيار اذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة وهذا احد الوجهين للشافعية وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لانهم عللوه بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل فيه ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم ، وهذا في البيع كهو في الشراء ، والحديث قد جاء مطلقا ، ولو كان مختصا بالشراء لألحق به مافي معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فقال القاضي : ليس له الابتياع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ولانه نادر فلا يكثر ضرره كمن يقصد ذلك ، ووجه الاول انه انما نهي عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وذلك متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده فأشبه مالو قصد

﴿ مسألة ﴾ (الثانية النجش وهو أن يزيد في السلعة من يريد شراها ليغر المشتري فله الخيار إذا غبن)

يفسخ لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب ان يكون عندها ، وقيل يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه لانه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وان اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وإن اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر ، وكذلك

النجش حرام وخداع قال البخاري الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لايحل لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش متفق عليه ، ولان في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الخديعة في النار » فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر العلماء منهم الشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أن البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد . ولنا أن النهي عاد الى الناجش لاالى العاقد فلم يؤثر في البيع ولان النهي لحق آدمي فلم يفسد العقد كبيع المدلس ، وفارق ما كان لحق الله تعالى فان حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان فان كان يتغابن بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار ، واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته . ولنا أنه تغرير بالعاقد فاذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ، وبذلك يبطل ماذكروه ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط فصدقه المشتري ثم كان كاذبا فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

﴿ مسئلة ﴾ (الثالثة المسترسل اذا غبن الغبن المذكور)

يعني اذا غبن غبنا يخرج عن العادة كما ذكرنا في تلقي الركبان ، والنجش يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبه قال مالك قال ابن أبي موسى وقد قيل قد لزمه البيع ولا فسخ له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان. فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تفريطه وتقصيره ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما اعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « والثلث كثير » وقيل السدس والاولى تحديده بما لا يتغابن الناس به في العادة لان مالا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف

(فصل) واذا وقع البيع على غير متعين كقفيز من صبرة ورطل من دن فظاهر قول الخرقي انه يلزم بالتفرق سواء تقابضا أولا ، وقال القاضي في موضع المبيع الذي لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون فقد صرح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر : من اشترى قفيزا من صبرتين فتلفت احداهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع وهذا

لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعا ، وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره فله الخيار عند الرؤية وان لم يره المشتري أيضا فلكل واحد منهما الخيار وبهذا قال

تصريح باللزوم في حق البائع قبل القبض ، وانه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت احداهما أو لم تتلف . ووجه الجواز انه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان جائزاً كما قبل التفرق ، ولانه لو تلف لكان من ضمان البائع . ووجه اللزوم قول النبي ﷺ « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الاول ينتقض ببيع الموصوف والسلم فانه لازم مع ماذكرناه وكذلك سائر البيع في احدى الروايتين

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع خيار التدليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الضرع وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وجمع ماء الرحى وارساله عند عرضها فهذا يثبت للمشتري خيار الرد) التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض ، وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره اذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة :

رأيت غلاما قد صرى في فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

قال البخاري أصل التصرية حبس الماء . يقال صريت الماء ويقال للمصراة المحفلة وهو من الجمع أيضاً ومنه سميت مجامع الناس محافل ، والتصرية حرام اذا أريد بها التدليس على المشتري لقول النبي ﷺ « لا تصروا الابل » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم » ورواه ابن عبد البر « ولا تحل خلابة مسلم » فمن اشترى مصراة من بهيمة الانعام وهو لا يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن أبي ليلي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه لا خيار له لان ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها فانه بخير النظرين بعد ان يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً » رواه أبو داود ولانه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كالشمطاء اذا سود شعرها ، وبه يبطل قياسهم فان بياضه ليس بعيب كالكبر ، واذا دلسه ثبت له الخيار ، وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي صلى الله عليه وسلم أولى ، اذا ثبت هذا فانما يثبت الخيار اذا لم يعلم المشتري بالتصرية فان كان عالما لم يثبت له خيار ، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولان انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله كما لو

الشافعي ، وقال أبو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ولاننا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئا على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت له الخيار ولنا انه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فاما الخبر فانه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما

تزوجت عنينا ثم طلبت الفسخ . ولنا أنه اشتراها عالما بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك ولانه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وبقاء اللبن علي حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع

(فصل) وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لاجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضمر الماء على الرحى ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار أيضاً لانه تدليس يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية ، وبهذا قال الشافعي، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعيده لا يثبت به خيار لانه تدليس بما ليس بعيب أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً وما ذكروه ينتقض بتسويد الشعر ، وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر في كونه كاتباً لانه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاما لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعا لا يستحق به فسخاً، فان حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد ، أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعب أو يسود شعرها بشيء وقع عليه ، فقال القاضي له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد أشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار بحمرة الوجه بخجل أو تعب لانه يحتمل ذلك فتعين ظنه من خلقته الاصلية لطمع فأشبه سواد أنامل العبد

(فصل) وان دلسه بما لا يختلف به الثمن كتبييض الشعر وتسبيطه فلا خيار للمشتري لانه لا ضرر في ذلك ، وان علف الشاة فظنها المشتري حاملا أو سود أنامل العبد أو ثوبه ليظنه كاتباً أو حداداً أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظنها كثيرة اللبن فلا خيار له لان ذلك لا ينحصر فيما ظنه المشتري لان سواد الانامل قد يكون لولع أو خدمة كاتب أو حداد أو شروع في الكتابة وانتفاخ البطن يكون للاكل فظنه المشتري غير ذلك طمعاً لا يثبت به الخيار

(فصل) فان أراد امساك المدلس مع الارش لم يكن له ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل له في المصراة ارشا بل خيره بين الامساك والرد مع صاع من تمر ولان المدلس ليس بمعيب فلم يستحق له ارشا ، فان تعذر عليه الرد بتلف فعليه الثمن لانه تعذر عليه الرد ولا ارش له أشبه غير المدلس ، فان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد ارش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء امسك ولا شيء له ، وان تصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب وان أخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخير رد المعيب على ما نذكره ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (ويرد مع المصراة عوض اللبن صاعا من تمر فان لم يجد التمر فقيمته فى موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة)

إذا رد المصراة لزمه بدل اللبن في قول كل من جوز ردها وهو مقدر بصاع من تمر كما جاء في

(فصل) واذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته مايكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد لا يصح حتى يراه لان الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ، ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم انه لا تحصل به معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا وهذا يكفي بدليل انه

الحديث ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية الى أن الواجب صاع من قوت البلد لان في بعض الاحاديث « وردمعها صاعا من طعام » وفي بعضها « ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا » فجمع بين الاحاديث وجعل تنصيصه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة لانه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فيقدر بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وحكي عن زفر أنه يرد صاعا من تمر أو نصف صاع بر كقولهم في الفطرة . ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وقد نص فيه على التمر فقال « ان شاء ردها وصاعا من تمر » وللبخاري « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبها صاع من تمر » ولمسلم « ردها وردصاعا من تمر لا سمراً » يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام في الحديث التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة ، والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد وحديث ابن عمر في روايته جميع بن عمير التيمي قال ابن نمير هو من اكذب الناس ، وقال ابن حبان كان يضع الحديث مع أن الحديث متروك الظاهر بالاتفاق اذ لا قائل بايجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحا ثم قد شك فيه الراوي مع مخالفة الحديث الصحيح فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يقبل ولا يبعد أن يقدر الشارع بدل هذا المتلف قطعا للخصومة والتنازع كما قدر دية الآدمي ودية أطرافه ، ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الاثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعا صاعا من تمر مع اختلاف لبنها (الثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا وان أمكن أن يكون كذلك فيتعين ايجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع ايجابها فلا يجوز العدول عنها ، ويجب أن يكون صاع التمر جيداً غير معيب لانه واجب باطلاق الشارع فينصرف إلى ماذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ، ويكفي فيه أدنى مايقع عليه اسم الجيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر أقل من قيمة الشاة أو أكثر أو مثلها نص عليه وليس فيه جمع بين البدل والمبدل لان التمر بدل اللبن قدره الشارع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك السيد ، وان عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في موضع العقد لانه بمنزلة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها

(فصل) ولا فرق بين الناقة والبقرة والشاة فيما ذكرنا، وقال داود لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لأن الحديث « لا تصروا الابل والغنم » فدل على ان ماعداها بخلافهما ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص، والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة - ومن ابتاع محفلة » ولم يفصل والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لأن لبنها أكثر وأنفع فيثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد فردهن رد مع كل مصراة صاعا وبه قال الشافعي وبعض المالكية ، وقال بعضهم في الجميع صاع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من

يكفي في السلم وانه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية. وأما مالا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها ، اذا ثبت هذا فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعنبري واسحاق وابو ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام العقد فأشبه غير

اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » . ولنا قوله « من اشترى مصراة » وهذا يتناول الواحدة ولان ماجعل عوضاً عن شيء في صفقتين وجب اذا كان في صفقة واحدة كأرش العيب ، وأما الحديث فان الضمير فيه يعود الى الواحدة

﴿ مسئلة (فان كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر)

اذا احتلبها واللبن بحاله ثم ردها مع لبنها فلا شيء عليه لأن المبيع اذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله فان أبى البائع قبوله وطلب التمر فليس له ذلك اذا كان اللبن لم يتغير ويحتمل أن يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولانه قد نقص بالحلب لان كونه في الضرع أحفظ له

ولنا انه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل كسائر المبدلات مع أبدالها · والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « في حلبتها صاع من تمر » وقولهم الضرع أحفظ له لا يصح لانه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام لانه يضر بالحيوان ، فان تغير اللبن ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهو قول مالك للخبر ولانه قد نقص بالحموضة أشبه تلفه (والثاني) يلزمه قبوله لان التعهد حصل باستعلام المبيع بتعيين البائع وتسليطه على حلبه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) فان رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً ردها به لان رضاه بعيب لا يمنع الرد لعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضي به فوجده أبرص فان رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لانه عوض به فيما اذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقا

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ، ثم ان لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لأن اللبن الحادث بعد العقد يحدث على ملكه ، وان كان فيه لبن حال العقد إلا انه يسير لا يخلو الضرع من مثله عادة فلا شيء فيه لانه لا عبرة به ولا قيمة له في العادة ، وإن كان كثيراً وكان قائما بحاله انبنى رده على رد لبن المصراة وقد سبق ، فان قلنا ليس له رده فبقاؤه كتلفه ، وهل له رد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئاً فتلف بعضه أو تعيب فان قلنا برده رد مثل اللبن لانه من المثليات والاصل ضمانها بمثلها إلا انه خولف في لبن المصراة للنص فيما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا

(فصـل) قال ابن عقيل اذا علم التصرية قبل حلبها مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لان التمر إنما وجب بدلا للبن المحتلب ولان النبي ﷺ قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها ههنا لبناً فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك ، قال ابن عبد البر : هذا مما لا خلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى علم التصرية فله الرد ، وقال القاضي ليس له ردها إلا بعد ثلاث)

اختلف أصحابنا في مدة الخيار فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها ولا

الموصوف ، ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ، ولنا انه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم، وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لا نعرف صحته فان ثبت فيحتمل ان يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره ، فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف

إمساكها بعدها فان أمسكها بعدها سقط الرد قال وهو ظاهر كلام أحمد وقول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ، قالوا هذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيها لأن لبنها في أول يوم لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك الثالث ، فاذا مضت الثلاث استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها ، وقال أبو الخطاب متى تبينت التصرية جاز له الرد قبل الثلاث وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به اذا ظهر كسائر التدليس وهو قول بعض المدلسين، فعلى هذا فائدة التقدير في الخبر بالثلاث لان الظاهر انه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فلن حصل العلم بها أو لم يحصل فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس ،وظاهر قول ابن أبي موسى انه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهو قول ابن المنذر وأبي حامد من الشافعية وحكاه عن الشافعي لظاهر حديث أبي هريرة فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وقول القاضي لا يثبت في شيء منها ، وقول أبي الخطاب يسوي بينها وبين غيرها ،والعمل بالخبر أولى والقياس ماقاله أبو الخطاب قياساً على سائر التدليس

(مسئلة) (وان صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : اذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد . وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ولأن التدليس كان موجوداً في حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن. ولنا ان الرد جعل لدفع الضرر بنقص الثمن ولم يوجد فامتنع الرد ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة البيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ولان الخيار يثبت لدفع الضرر ولا ضرر

(مسئلة) (فان كانت التصرية في غير بهيمة الانعام كالأمة والاتان والفرس ثبت له الخيار في أحد الوجهين) اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى مصراة » ولانه تصرية بما يختلف به الثمن فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام لأن الآدمية تراد للرضاع ويرغب فيها ظئراً ، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ، والفرس تراد لولدها (والثاني) لا يثبت به الخيار لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد كلبن بهيمة الانعام، والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لذلك، واللفظ العام أريد به الخاص لانه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاما وخاصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص فان قلنا بردها لم يلزمه بذل لبنها ولا يرد معها شيئا لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعتاض عنه

(مسئلة) (ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها) لقوله عليه السلام « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال عليه الصلاة والسلام « المسلم أخو المسلم لا يحل

بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم، وان اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت فالقول قول المشتري لأن الاصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه مالم يقر به أو يثبت ببينة أو مايقوم مقامها

(فصل) والبيع بالصفة نوعان (احدهما) بيع عين معينة مثل ان يقول بعتك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته فهذا ينفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معينا فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر

لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه » رواه ابن ماجه ، فان فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي بدليل حديث التصرية فان النبي صلى الله عليه وسلم صححه مع نهيه عنه ، وقال أبو بكر ان دلس العيب فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، فقيل له ماتقول في التصرية ؟ فلم يذكر جوابا فدل على رجوعه

(فصل) قال رضي الله عنه (الخامس خيار العيب وهو النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك ، وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرقة والاباق والبول في الفراش ان كان من مميز) العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع انما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع في ذلك الى العادة في عرف التجار ، فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والصمم والعمى والعور والعرج والعفل والقرن والفتق والرتق والقرع والطرش والخرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة فى الاجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج في الامة والبخر فيها وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشترى ولها زوج أنه عيب، وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد معسراً ، والجناية الموجبة للقود، ولأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والبيع في الدين ومستحقة الاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والامة وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ليس بعيب في العبد لانه لايراد للفراش والاستمتاع بخلاف الامة . ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته ؟ والبخر يؤذي سيده ومن جالسه أو ساره ، والسرقة والاباق والبول في الفراش عيوب في الكبير الذي جاوز العشر ، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب حتى يحتلم لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحد فكذلك هذا . ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على ان البول لداء في بطنه ، والسرقة والاباق لخبث في طبعه . وحد ذلك بالعشر لأمر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع . فأما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته، وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ويسكر من النبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب الحد فهو كالزنا ، وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فأفضى الى تلفه ، ويختص الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله ، وعدم الختان ليس بعيب في العبد الصغير لانه لم يفت وقته ولا في الامة الكبيرة وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم أشبهت العبد . ولنا أنه لايجب عليها والألم فيه يقل

(الثاني) بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بعتك عبداً تركيا ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معنى السلم ، فمتى سلم اليه عبداً على غير ماوصف فرده أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لان العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم اليه في السلم غير ماوصف له فرده ، ولايجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لانه بيع في الذمة فلم يجز

ولا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير ، فأما الكبير فان كان مجلوبا من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لان العادة أنهم لايختنون فصار ذلك معلوما عند المشتري فهو كدينهم ، وان كان مسلما مولدا فهو عيب فيه لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة

(فصل) والثيوبة ليست بعيب لانها الغالب على الجواري فالاطلاق لا يقتضي خلافها هذا اختيار القاضي ، وقال ابن عقيل اذا اطلق الشراء اقتضى سلامتها من الثيوبة وبقاء البكارة ، فالثيوبة اتلاف جزء والاصل عدم الاتلاف والثمن يختلف باختلافه فنقول جزء يختلف الثمن ببقائه وزواله فزواله عيب كتلف بعض أجزائها . وتحريمها على المشتري بنسب او رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل مايوجب خللا في المالية ولانقصا والتحريم يختص به ،وكذلك الاحرام والصيام لانهما يزولان قريبا وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا وكذلك عدة البائن . فأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة لايؤمن ارتجاعها ، ومعرفة الغناء والحجامة ليس بعيب ، وحكي عن مالك في الجارية المغنية انه عيب فيها لانه محرم . ولنا انه ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فهو كالصناعة وكونه محرما ممنوع وإن سلم فالمحرم استعماله لامعرفته ، والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به

ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالاخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وهو عيب عند أبي حنيفة لانه نقص لقول الله تعالى (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) ولنا ان العبيد فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر ، فالاطلاق لايقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لايقتضي كون الكفر عيبا كما ان المتقي خير من غيره ، قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدمه عيباً . وكونه ولد زنا ليس بعيب وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لانها تراد للافتراش بخلاف العبد ، قلنا ان النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفي النسب. وكون الجارية لاتحسن الطبخ أو الخبز ونحوه ليس بعيب لان هذا حرفة فلم يكن فقدها عيباً كسائر الصنائع. وكونها لاتحيض ليس بعيب ، وقال الشافعي هو عيب اذا كان لكبر لان من لا تحيض لاتحمل . ولنا ان الاطلاق لايقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيباً كما لو كان لغير الكبر

(مسئلة) (فمن اشترى معيباً لايعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الارش وهو قسط مابين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن)

من اشترى معيبا يعلم عيبه أو مدلساً أو مصراة وهو عالم فلا خيار له لانه بذل الثمن فيه عالما راضيا به عوضا أشبه مالا عيب فيه لانعلم خلاف ذلك ، وإن علم به عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب فكتمه أولم يعلم لا نعلم فيه خلافا ولان اثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ماروي

التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم ، وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه بيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) اذا رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لاتتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن أحمد رواية أخرى لايجوز حتى يرياها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد لان

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى مملوكا فكتب « هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبداً أو أمة لاداء ولا غائلة بيع المسلم للمسلم » ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر ، فعند الاطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملا

(فصل) فان اختار امساك المعيب واخذ الارش فله ذلك وبه قال اسحاق ، وقال ابو حنيفة والشافعي ليس له الا الامساك أو الرد ولا أرش له الا أن يتعذر رد المبيع وروي ذلك عن احمد حكاه صاحب المحرر لان النبي ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالرد بالخيار . ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فأما المصراة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء وكذلك لا يستحق أرشاً إذا تعذر الرد ، اذا ثبت هذا فمعنى الارش أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن . مثاله أن يقوم المعيب صحيحاً بعشرة ومعيباً بتسعة والثمن خمسة عشر فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف ، وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن ولانا لو ضمناه نقص القيمة أفضى الى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه ، وهذا لاسبيل إليه وقد نص أحمد على ماذكرناه . وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه . قال أحمد هذا أحسن ما سمعته

﴿ مسألة ﴾ (وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل وعنه لا يرده الا مع نمائه)

وجملة ذلك أنه اذا أراد رد المبيع فلا يخلو اما أن يكون بحاله أو أن يكون قد زاد أو نقص فان كان بحاله رده وأخذ الثمن ، وان زاد بعد العقد أو حصلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة والحمل والثمرة قبل الظهور فانه يردها بنمائها فانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدهما) أن تكون من غير المبيع كالكسب والاجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهو للمشتري في مقابلة ضمانه لان المبيع لو هلك كان من مال المشتري وهو معنى قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » ولا نعلم في هذا خلافا وقد روى ابن ماجه باسناده عن عائشة أن رجلا اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده فقال يارسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » رواه أبو داود وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم

(النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضا ويرد

ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندهما أشبه مالو شاهداه حالة العقد والشرط انما هو العلم وانما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ماذكرناه مالو رأيا دارا ووقفا في بيت منها أو أرضا ووقفا في طريقها وتبايعاها صح بلاخلاف مع عدم

الاصل بدونها ، وبهذا قال الشافعي الا أن الولد ان كان لآدمية لم يملك ردها دونه وسنذكر ذلك وعنه ليس له رده دون نمائه قياساً على النماء المتصل ، والمذهب الاول لما ذكرناه من حديث عائشة وقال مالك : ان كان النماء ثمرة لم يردها ، وان كان ولداً رده لان الرد حكم فسرى الى الولد كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجبه فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ، ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد . ولنا انه نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه نماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عندمالك ، وقولهم ان النماء من موجب العقد لا يصح انما موجبه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح ، لان الولد ليس بمبيع فلايمكن رده بحكم رد الام ، ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرها فانه لايسري إلى الولد بوجوده في الام فان اشتراها حاملا فولدت عند المشتري فردها رد ولدها معها لانه من جملة المبيع والولادة نماء متصل ، وإن نقص المبيع فسيأتي حكمه ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ووطء الثيب لا يمنع الرد وعنه يمنع)

اذا اشترى أمة ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها ولا شيء عليه روي ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء كالجناية لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كوطء البكر ، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردها ومعها ارش واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها ، وقال الشعبي حكومة وقال سعيد بن المسيب عشرة دنانير ، وقال ابن أبي موسى مهر مثلها وحكي نحوه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد لانه اذا فسخ صار واطئاً في ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج . وماقالوه يبطل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقص ثمنها . وقولهم يكون واطئاً في ملك الغير لا يصح لان الفسخ رفع العقد من حينه لا من اصله بدليل انه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون وطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشتراها مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فان كان النكاح باقيا فهو عيب حادث ، وان كان قد زال فحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذلافرق بين هذا وبين وطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه مالم يعترف به ، فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لانه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره ، فأما ان كان يحتمل التغير وعدمه وليس

﴿ مسألة ﴾ (وان وطيء البكر أو تعيبت عنده فله الارش، وعنه انه مخير بين الارش و بين الرد وارش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن)

اذا وطيء المشتري البكر قبل علمه بالعيب ففيه روايتان (احداهما) لا يردها ويأخذ ارش العيب وبه قال مالك وابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن أحمد (والرواية الاخرى) يردها ومعها شيء اختارها الخرقي وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور ، والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فاذا كانت قيمتها بكراً مائة وثيباً ثمانين رد معها عشرين لانه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته بخلاف ارش العيب الذي يأخذه المشتري ، وهذا قول مالك وأبي ثور ، وقال شريح والنخعي يرد عشر ثمنها وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه ان شاء الله أولى ، واحتج من منع ردها بان الوطء نقص عينها وقيمتها فمنع الرد كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته ، ووجه الرواية الاخرى انه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام فيثبت معه الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض

(فصل) وكذلك كل مبيع كان معيباً ثم حدث به عيب عند المشتري قبل علمه بالاول ففيه روايتان (احداهما) ليس له الرد وله ارش العيب القديم ، وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لان الرد يثبت لازالة الضرر ، وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد ارش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء امسكه وله الارش ، وبه قال مالك واسحاق وقال الحكم يرده ولم يذكر معه شيئاً ، ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها ولانه روي عن عثمان أنه قضى في الثوب إذا كان به عوار يرده وان كان قد لبسه، ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وارشه وبين ارش العيب القديم كما لو حدث لاستعلام المبيع ولان العيبين قد استويا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ، ولان الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله . إذا ثبت هذا فانه يرد ارش العيب الحادث عنده لأن المبيع بجملته مضمون عليه بقيمته فكذلك أجزاؤه. فان زال العيب الحادث عنده رده ولا شيء معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيباً فالحمل عيب للآدميات دون غيرهن لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشتري ، وان نقصتها الولادة فذلك عيب ، وان لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لزوال

الظاهر تغيره صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل) ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع (أحدها) تلقي الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم (الثاني) بيع النجش ويذكران في مواضعهما (الثالث) المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه البيع

العيب فان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهو محرم، وقال الشريف ابن جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له ردها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه موضع حاجة فاشبه ما لو ولدت حراً فانه يجوز بيعها دون ولدها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولانه أمكن منع الضرر باخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يجز ارتكاب نهي الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الاقالة فيها دون ولدها ، وقولهم إن الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة باخذ الارش. أما اذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث فيه حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة ، وان علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله رد الام وامساك الولد لان التفريق بينهما لا يحرم ولا فرق بين حملها قبل القبض وبعده ، ولو اشتراها حاملا فولدت عنده ثم اطلع على عيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل فاشبه مالو سمنت الشاة ، وان تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ،وعن أحمد لا قيمة عليه للولد ، وحمل القاضي كلام أحمد على أن البائع دلس العيب، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويمكن حمل كلام أحمد على أنه لاحكم للحمل وهو أحد أقوال الشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده مع بقائه ولا قيمته مع التلف، والاول أصح وعليه العمل

(فصل) فان كان المبيع كاتبا أو صانعا فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيبا فالنسيان عيب حادث فهو كغيره من العيوب وعنه يرده ولا شيء عليه وعلله القاضى بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن عوده بالتذكر، قال وعلى هذا لو كان سمينا فهزل والقياس ما ذكرناه فان الصناعة والكتابة مقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فاشبهت الاعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ، وما روي عن أحمد محمول على ما إذا دلس بعيب

(فصل) واذا تعيب المبيع عند البائع بعد العقد وكان المبيع من ضمانه فهو كالعيب القديم ، وان كان من ضمان المشتري فهو كالعيب الحادث بعد القبض، فاما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري لا يثبت الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من مال البائع إلا في الجنون والجذام والبرص ، فان تبين الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام ولانه إجماع أهل المدينة ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر . ولنا انه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثا فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع وكما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال أحمد ليس فيه حديث صحيح ، وقال ابن المنذر لا يثبت

وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير

ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان ، فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل مالو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تقصيره وتفريطه. والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، قال أحمد المسترسل الذي

في العهدة حديث ، والحسن لم يلق عقبة ، واجماع أهل المدينة ليس بحجة ، والداء الكامن لا عبرة به وانما النقص بما ظهر لا بما كمن

﴿ مسألة ﴾ (قال الخرقي إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا)

قال القاضي ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله نص عليه في رواية حنبل . معنى دلس العيب أي كتمه عن المشتري أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكأن البائع يستر العيب ، وكتمانه جعله في ظلمة فخفي على المشتري فلم يره ولم يعلم به

والتدليس حرام وقد ذكرناه فمتى فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا ولا ارش عليه سواء كان بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجني عليه أو بفعل العبد كالسرقة أو بفعل الله تعالى ، وسواء كان ناقصا للمبيع أو مذهبا لجملته قال احمد في رجل اشترى عبداً فأبق وأقام البينة أن اباقه كان موجوداً في يد البائع يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان ، ويحكى هذا عن الحكم ومالك لانه غره فرجع عليه كما لو غره بحرية أمة (قال شيخنا) ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت ، وارش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام « الخراج بالضمان » وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري مع كونه قد نهى عن التصرية وقال « بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم » وقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج ، فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ، ولان وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع ، ولا نعلم لهذا أصلا ولا يشبه هذا التغرير بحرية الامة في النكاح لانه يرجع على من غره وإن لم يكن سيد الامة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء نص عليه

﴿ مسألة ﴾ (وان أعتق العبد أو تلف المبيع يرجع بارشه ، وكذلك ان باعه غير عالم بعيبه ، وكذلك إن وهبه وان فعله عالما بعيبه فلا شيء له)

اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو موت أو وقف أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن ابا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع ممنوع وإن سلم فقد استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم ييأس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه . (والثانية) له الارش وهو أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه لم يستدرك ظلامته أشبه الوقف ، وامكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل

لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه ، فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف إذا استعجل في الحال فغبن فلا خيار لهما. ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد. وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث وهو قول مالك لان الثلث كثير بدليل قول النبي ﷺ « والثلث كثير » وقيل بالسدس ، وقيل مالا يتغابن الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه الى العرف

ماقبل الهبة ، وان أكل الطعام أولبس الثوب فأتلفه رجع بارشه وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبه مالو قتل العبد . ولنا أنه مااستدرك ظلامته ولارضي بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) إذا باع المشتري المبيع قبل علمه بالعيب فله الارش نص عليه احمد لان البائع لم يوفه ماأوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضى به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه ، وظاهر كلام الخرقي أنه لا ارش له سواء باعه عالما بعيبه أو غير عالم . وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبه مالو أتلف المبيع ولانه استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب

(فصل) وان باعه عالما بعيبه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه أو استولد الامة ونحوه فلا شيء له . ذكره القاضي لان تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه به أشبه مالو صرح بالرضا (قال شيخنا) وقياس المذهب أن له الارش بكل حال ، وقد روي عن احمد فيما إذا باعه أو وهبه لانا خيرناه ابتداء بين رده وامساكه مع الارش فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري ، وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه ، وإنما ظلم المشتري الثاني فلا يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الارش لانه إذا باعه فقد استدرك ظلامته ، فعلى هذا إذا علم به المشتري الثاني فرده به أو أخذ ارشه منه فللأول أخذ ارشه وهو قول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده لأنه لم يستدرك ظلامته، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ماتقدم

(فصل) وإذا ردها المشتري الثاني على الاول وكان الاول باعها عالما بالعيب أو وجد منه مايدل على الرضى به فليس له رده لان تصرفه رضى بالعيب ، وان لم يكن علم فله رده على بائعه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ليس له رده الا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبه مالو علم بعيبه . ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه ، وانما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى آخر، وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب الاول أو باقالة أو هبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي ان رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لأنه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل فسخه . ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وانما امتنع لتعذره بزوال ملكه فاذا زال المانع وجب

(فصل) وإذا وقع البيع على غير معين كقفيز من صبرة ورطل زيت من دن فمقتضى قول الخرقي اذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده إلا بعيب أو خيار لان البيع ههنا يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لم يتقابضا ، وقال القاضي البيع لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون وهذا تصريح بانه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر من اشترى قفيزين من صبرتين فتلفت احداهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة، ولا خيار للبائع، وهذا يدل على اللزوم في حق البائع قبل القبض

أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب ، فعلى هذا اذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجوداً حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم للثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين فانه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(فصل) وان استغل المشتري المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضى به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضى به معيبا، وان فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر كان الحسن وشريح وعبيد الله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري واسحاق وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلعة فعرضها على البيع بعد علمه بالعيب بطل خياره ،وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا، فأما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضا ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش .قال أحمد أنا أقول اذا استخدم العبد فأراد نقصان العيب فله ذلك ،فأما أن احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها أو استخدم الامة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وان استخدمها لغير ذلك استخداما كثيراً بطل رده ، وان كان يسيراً لا ينقص الملك لم يبطل الخيار،قيل لاحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبداً فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا أو قال من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ويطول. وقد نقل عنه في بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان فكذلك يخرج ههنا

(فصل) فان أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه فان أخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروفا بالاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والأرش الذي أخذه على روايتين ، وان كان آبقا فله رده ورد ما أخذه من الارش وأخذ ثمنه ، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده أو عجز عنه الا ان يهلك لانه لم ييأس من رده فهو كما لو باعه ، ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسئلتنا .

(فصل إذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له . وعنه رواية اخرى أنه يجعله في الرقاب وهو قول الشعبي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها ، ولنا ان العتق إنما صادف الرقبة المعينة والجزء الذى أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً وليس الارش بدلا عن العبد إنما هو عن جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لا على

فانه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت احداهما أو لم تتلف ، ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان البيع فيه جائزاً كما قبل التفرق ، ولانه لو تلف لكان من ضمان البائع. ووجه الاول قول النبي ﷺ « وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته وبيع الموصوف والسلم فان ذلك لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين

وجوبه . قال القاضي انما الروايتان فيما اذا أعتقه عن كفارته لانه إذا أعتقه عن الكفارة لايجوز أن يرجع اليه شيء من بدله كالمكاتب اذ أدى بعض كتابته. ولنا أنه ارش عبد اعتقه فهو كما لو تبرع بعتقه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بعضه فله ارش الباقي وفي ارش المبيع الروايتان وقال الخرقي له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو ارش العيب بقدر ملكه فيه)

اذا باع بعض المبيع ثم ظهر على عيب فله ارش الباقي لانه كان له ذلك والأصل في كل ثابت بقاؤه وفي ارش المبيع ماذكرنا من الخلاف فيما اذا باع الجميع فان أراد رد الباقي بحصته من الثمن ففيه روايتان (احداهما) له ذلك اختارها الخرقي لأنه مبيع رده ممكن أشبه ما لو كان الجميع باقياً (والاخرى) لايجوز وهي الصحيحة إذا كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصهما التفريق لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الانتفاع بها على الاكمال كوطء الامة ولبس الثوب ، وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ،وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق انه لايجوز رد احداهما وحدها لما فيه من الضرر ، وفيما اذا اشترى معيبا وتعيب عنده انه لايملك رده الا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فكذلك لايجوز أن يرده في مسئلتنا معيبا بعيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء . وما ذكره الخرقي يحمل على ماذا دلس البائع العيب على ما ذكرنا فيما مضى . وان كان المبيع عينين لاينقصهما التفريق فهل له رد الباقية في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة . قال القاضي : المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ، والتفصيل الذي ذكرناه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان صبغه أو نسجه فله الارش ولارد له في أظهر الروايتين) فيما اذا صبغه وهو قول أبي حنيفة لان فيه ضررا على البائع وتشق المشاركة فلم تجز كما لو فصله وخاطه أو خلط المبيع بما لايتميز منه ، وعنه له الرد ويكون شريكا للبائع بقيمة الصبغ والنسج لانه رد المبيع بعينه أشبه مالو لم يصبغه ولم ينسجه ، ومتى رده لزمت الشركة ضرورة ، وعنه يرده ويأخذ زيادته بالصبغ كما لو قصره وهو بعيد لان إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة فلم يجز لقوله سبحانه (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وان قال البائع أنا آخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك ، وقال الشافعي ليس للمشتري الا رده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عنده ، ولنا أنه لايمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده فطلب البائع أخذه مع أخذ أرش العيب الحادث والاصل لايسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا رده

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى ماماً كوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فان لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن كله ، وان كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند فهو مخير بين أخذ ارشه وبين رده ، وعنه ليس له رد ولا ارش في ذلك كله)

﴿مسئلة﴾ قال (والخيار يجوز أكثر من ثلاث)

يعني ثلاث ليال بأيامها وانما ذكر الليالي لان التاريخ يغلب فيه التأنيث قال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة) وقال تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وفي حديث حبان «ولك الخيار ثلاثا» ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة

اذا اشترى مالا يطلع على عيبه الا بكسره كالبيض والجوز والرمان والبطيخ فكسره فظهر عيبه ففيه روايتان (احداهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري فاذا بان معيبا ثبت له الخيار كالعبد ولان البائع انما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحا فلا معنى لايجاب الثمن كله، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن مالم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد. اذا ثبت هذا فان المبيع ان كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الاسود والجوز الخرب رجع بالثمن كله لان هذا يبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على مالا نفع فيه فهو كبيع الحشرات والميتات وليس عليه رد المبيع إلى البائع لانه لا فائدة فيه، وان كان الفاسد في بعضه رجع بقسطه (الثاني) أن يكون مما لعينه قيمة كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه فاذا كسره نظرت. فان كان كسرا لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش عيبه. هذا ظاهر كلام الخرقي، وقال القاضي عندي لا أرش عليه لكسره لانه حصل بطريق استعلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا يعلم صحته من فساده بغير ذلك، وهذا قول الشافعي. ووجه قول الخرقي أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة اذا احتلبها والبكر إذا وطئها، وبهذا يبطل ما ذكره بل هنا أولى لانه لا تدليس من البائع والتصرية تدليس، وان كان كسراً يمكن استعلام المبيع بدونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله عند الخرقي والقاضي والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرناه، وان كسره كسرا لا يبقى له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه. وقدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن

(فصل) ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيبا فان كان مما لا ينقصه النشر رده وان كان ينقصه النشر كالهسجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما اذا لم يزد على ما يحصل به استعلام المبيع أو زاد كنشر من لا يعرف، وان أراد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال

(مسئلة) (ومن علم العيب وأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه)

وهكذا ذكر أبو الخطاب لانه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار القصاص وعنه أنه على الفور وهو مذهب الشافعي، فمتى علم العيب وأخر الرد مع امكانه بطل خياره لانه يدل

المعلومة قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح والعنبري وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور، وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها في أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها،وقال أبوحنيفة والشافعي لايجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال :ماأجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضي أخذ وان سخط ترك. ولان الخيار ينافي مقتضى البيع

على الرضى فأسقط خياره كالتصرف ولانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فأشبه خيار الشفعة والاول أولى ، ولا نسلم أن الامساك يدل على الرضى والشفعة تثبت لدفع ضرر غير متحقق بخلاف الرد بالعيب

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يفتقر الرد إلى رضى ولا قضاء ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر الى حضور صاحبه دون رضاه ، وان كان بعده افتقر الى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاه ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ولانه مستحق الرد بالعيب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض

﴿ مسئلة ﴾ (فان اشترى اثنان شيئاً وشرطا الخيار أو وجداه معيبا فرضي أحدهما فللآخر الفسخ في نصيبه ، وعنه ليس له ذلك)

نقل عن احمد رحمه الله في ذلك روايتان حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احداهما) لمن لم يرض الفسخ ، وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وإحدى الروايتين عن مالك والاخرى لايجوز له رد مشترك رده ناقصا أشبه مالو تعيب عنده . ولنا أنه رد جميع ماملكه بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنما حصلت بايجاب البائع وانما باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقصة بخلاف العيب الحادث

(فصل) وان ورث اثنان خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لانه لو رد وحده شقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك وإنما أخرجها من ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها اليه مشقصا بخلاف المسئلة التي قبلها ، فان عقد الواحد مع الاثنين عقدين فكأنه باع كل واحد منهما نصفهامنفرداً فرد عليه أحدهما جميع ماباعه إياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيبا فله رده عليهما فان كان أحدهما غائباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم ، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل . نص أحمد على نحو من هذا ، وان أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولم يحصل برده تشقيص لانه كان مشقصا قبل البيع

(فصل) وان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيباً فله رده وليس له أخذ الارش لافضائه إلى التفاضل فيما يجب فيه التماثل ، فان حدث به عيب عند المشتري فعلى احدى الروايتين يرده ويرد ارش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضي ليس له رده لافضائه الى التفاضل ولا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وانما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده

لانه يمنع الملك واللزوم واطلاق التصرف ، وانما جاز لموضع الحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام — بعد قوله — فيأخذكم عذاب قريب)

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل أو نقول مدة ملحقه بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل ولا يثبت عندنا ماروي عن عمر رضي الله عنه وقدروي عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فان الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها وانما يربط بمظنتها وهو الاقدام فانه يصلح أن يكون ضابطا وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم

بمنزلة ما لو خفي عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه، وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهمال العيب ولا أخذ الارش . ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين وان تلف الحلي فسخ العقد ، ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، واختار شيخنا أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على احدى الروايتين وانما يرجع الى قيمته عند تعذره بتلف أو عجز عن رده أما مع بقائه وإمكان رده فيجب رده دون بدله كسائر المبيع اذا انفسخ العقد فيه وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المعاوضة قد زالت بالفسخ ولم يبق له مقابل ، وإنما هذا الارش بمنزلة الجناية عليه ولان قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ القيمة من غير الجنس. ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما ما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كله لم يملك أخذ أرشه لئلا يفضي الى التفاضل والحكم فيه على ما ذكرنا في الحكم بالدراهم

(مسئلة) (وإن اشترى واحد معيبين صفقة واحدة ليس له إلا ردهما أو إمساكهما والمطالبة بالارش) قاله القاضي، وعنه له رد أحدهما بقسطه من الثمن كما لو كان أحدهما معيباً والآخر صحيحاً لأن المانع من الرد إنما هو تشقيص المبيع على البائع وهو موجود فيما اذا كان أحدهما صحيحاً ، فان تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه من الثمن في إحدى الروايتين، هذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وقول أبي حنيفة فيما بعد القبض لانه رد المعيب على وجه لاضرر فيه على البائع فجاز كالورد الجميع (والثانية) ليس له الا أخذ الارش مع إمساك الباقي منهما وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن في الرد تبعيض الصفقة على البائع وذلك ضرر أشبه إذا كانا مما ينقصه التفريق ، والقول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه لانه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولانه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب

(مسئلة) (وان كان أحدهما معيباً فله رده بقسطه من الثمن وعنه ليس له إلا ردهما أو إمساكهما) ووجه الروايتين ما ذكرنا فيما اذا تلف أحدهما وفيه من التفصيل والخلاف ما ذكرنا

(مسئلة) (فان كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب أو زوجي خف أو من لا يجوز التفريق بينهما كجارية وولدها فليس له رد أحدهما) لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة وسوء المشاركة ولقول النبي ﷺ «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه الترمذي وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وهذا القول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

والأجل، وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح فان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى

(فصل) ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشرطا لاحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وانما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الاخر صح لان أكثر مافيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لاخيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء مافيه شفعة ومالا شفعة فيه فانه يصح

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي ايهما يقبل قوله؟ روايتان إلا ان لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين)

اذا اختلف المتبايعان في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري ، فان كان لا يحتمل الاقول أحدهما كالاصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطارىء الذى لا يمكن كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لانا نعلم صدقه فلاحاجة الى استحلافه وان احتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان (إحداهما) القول قول المشتري فيحلف بالله انه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار اختارها الخرقي لان الاصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن اجاب انه باعه بريئا من العيب حلف على ذلك ، وان أجاب انه لا يستحق مايدعيه من الرد حلف على ذلك . ويمينه على البت لان الايمان كلها على البت الا ما كان على النفي في فعل الغير وعنه انها على نفي العلم فيحلف انه ما يعلم به عيبا حال البيع ذكرها ابن ابي موسى والرواية الثانية مذهب ابي حنيفة والشافعي لان الاصل سلامة المبيع وصحة العقد ولان المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر

(فصل) واذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان بالمبيع فله رده على الموكل لان المبيع يرد بالعيب على من كان له ؛ فان كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وانكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل اقراره على موكله بالعيب لانه أمر يستحق به الرد فقبل اقراره به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب ابي حنيفة والشافعي لا يقبل اقرار الوكيل بذلك ، قال شيخنا وهو أصح لانه اقرار على الغير فلم يقبل كالاجنبي ؛ وفارق خيار الشرط من حيث ان الموكل يعلم صفة سلعته ولا يعلم صفة العقد لغيبته عنه ، فعلى هذا إذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لان رده كاقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي ، فان انكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل على وجهين (أحدهما) ليس له رده لان ذلك يجري مجرى اقراره (والثاني) له رده لانه رجع اليه بغير رضاه اشبه مالو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على انها بكراً فقال المشتري هي ثيب أو النساء الثقات ويقبل قول واحدة ، فان وطئها المشتري وقال ماوجدتها بكراً خرج فيه وجهان بناء على الاختلاف في العيب الحادث

ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن فان فسخ البيع مما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما معيباً فرده ، وإن شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح لانه مجهول فأشبه مالو اشترى واحداً من عبدين لا بعينه ، ولانه يفضي إلى التنازع وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد مايطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول الآخر ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا الفصل كله مذهب الشافعي

(فصل) فان رد المشتري السلعة بعيب فأنكر البائع انها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الاوزاعي فانه قال فيمن صرف دراهم فقال للصيرفي هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك ويبرأ لان البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر استحقاق الفسخ والقول قول المنكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن أحمد أن القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لانهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

﴿مسئلة﴾ (ومن باع عبداً يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره ويعلم المشتري ذلك فلا شيء له) لأنه رضي به معيباً أشبه سائر المعيبات وهذا قول الشافعي ، وان علم بعد البيع فله الرد أو الأرش على أصلنا كغيره من العيوب

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يعلم حتى قتل فله الارش لتعذر الرد) وهو قسط ما بين قيمته جانياً وغير جان ، ولا يبطل البيع من أصله وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضا فمات بدائه أو مرتداً فقتل بردته وبهذا ينتقض ما ذكروه ولا يصح قياسهم على اتلافه لأنه لم يتلفه فلم يشتركا في المقتضي ، وإن كانت الجناية موجبة للقطع فقطعت يده عند المشتري فقد تعيب عنده لان استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه ، وللمشتري الخيار إذا لم يكن عالما ، فان كان السيد موسراً تعلق الارش بذمته والبيع لازم)

إذا كانت الجناية موجبة للمال أو القود فعفي عنه الى مال فعلى السيد فداؤه ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه . فاذا باعه تعين عليه فداؤه لاخراج العبد عن ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره هذا إذا كان السيد موسراً وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر مافيه أنه التزم فداءه ولا يلزمه كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن ولنا أنه أزال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو أتلفه وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع معسراً لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني لان المالك انما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو مايقوم مقامه ولا يحصل ذلك من ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدما على حق المشتري وللمشتري خيار الفسخ ان لم يكن عالما فان فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فاخذ

(فصل) وإن شرط الخيـار لاجنبي صح وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره وهـذا قول أبي حنيفة ومالك وللشافعي فيه قولان (احدهما) لا يصح وكذلك قال القاضي اذا أطلق الخيـار لفلان أو قال لفلان دوني لم يصح لان الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له فيه وإن جعل الاجنبي وكيلا صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع امكان تصحيحه لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »(١)

بها رجع المشتري بالثمن أيضا لان ارش مثل هذا جميع ثمنه وان لم تكن مستوعبة رجع بقدر أرشه وان كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيباً عالما بعيبه فان اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لانه يقوم مقام البائع بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه على ما نذكره في موضعه .

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري برأس المال) هذه أنواع من أنواع البيع وانما اختصت بأسماء كاختصاص السلم ويثبت فيها الخيار إذا أخبره بزيادة في الثمن أو نحو ذلك فيثبت للمشتري الخيار كما لو أخبره بأنه كاتب أو صانع فاشتراه بثمن فبان بخلافه ولا بد في جميع هذه الانواع من معرفة المشتري برأس المال لان معرفة الثمن متوقفة على العلم به والعلم بالثمن شرط فمتى فات لم يصح البيع لفوات شرطه

﴿مسئلة﴾ (ومعنى التولية البيع برأس المال فيقول وليتكه أو بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه)

قال أحمد رحمه الله لا بأس ببيع الرقم والرقم هو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوما لهما حال العقد وهذا قول عامة العلماء وكره طاوس بيع الرقم ، ولنا أنه بيع بثمن معلوم فأشبه ما لو ذكر مقداره أو إذا قال بعتك هذا بما اشتريته وقد علماه فان لم يعلم فالبيع باطل لجهالة الثمن

﴿مسئلة﴾ (والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه أو ثلثه)

إذا اشترى شيئا فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال له أشركتك صح وصار شركا بينهما إذا كان الثمن معلوما لهما ، ولو قال أشركني فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولني ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال وليتك صح إذا كان الثمن معلوما لان الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن على ما ذكر والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا ذكر اسمه انصرف اليه كما إذا قال أقلني فقال أقلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني فشركه انصرف إلى النصف لانها تنصرف الى التسوية باطلاقها ، فان اشترى اثنان عبداً فقال لهما رجل أشركاني فيه فقالا شركناك احتمل أن يكون لهما النصف لان اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً لكان له النصف فكذلك حال الاجتماع، ويحتمل أن يكون له الثلث لان الاشراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي الا بجعله بينهم أثلاثا وهـذا أصح لان اشراك الواحد انما اقتضى النصف لحصول التسوية به وان شركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل

---

١) رواه ابو داود والحاكم عن أبي هريرة بسند صحيح والثاني عن انس وعائشة بلفظ « عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك » وصححوه ايضاً

فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الاجنبي ، وإن كان العاقد وكيلا فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وإن شرطه للمالك صح لانه هو المالك والحظ له ، وإن شرطه لاجنبي لم يصح لانه ليس له أن يوكل غيره ويحتمل الجواز بناء على الرواية التي تقول للوكيل التوكيل

(فصل) ولو قال بعتك على أن استأمر فلانا وحدد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ

واحد منهما الربع، وان قال أشركاني فيه فشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة بينهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولي . فان قلنا يقف على الاجازة فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو ثلثه على الوجهين ، ولو قال لاحدهما أشركني في نصف هذا العبد فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه وإلا فله نصف حصة الذي شركه ، فان اشترى عبداً فلقيه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد شركتك فله نصفه فان لقيه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لان طلبه للشركة رجع الى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما، وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب نصف العبد لاعتقاده أن جميع العبد لمن طلب منه المشاركة ، فاذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه (احدها) ان يصير له نصف العبد ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه اليه فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ، وهذا قول القاضي (الثاني) ان ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد في نصف نصيبه ويقف الزائد على اجازة صاحبه على إحدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لانه لا يتحقق فيه ماطلب منه (الثالث) لا يكون للثاني الا الربع بكل حال لان الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له إلا نصف العبد فينصرف ايجابه الى نصف ملكه ، وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه إلا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيخير الآخر، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه .

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض لان البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض وان قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بربع الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكر القاضي، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله ان الشركة تنصرف الى النصف كله فيكون بائعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين ولا يصح فيما لم يقبض كما في تفريق الصفقة

قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه حكمه

(فصل) وإن شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين، والآخر من حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حكما فلا حاجة إلى اثباته بالشرط، ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه، والاول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداؤها منه كالأجل ، ولان الاشتراط

﴿ مسئلة ﴾ (والمرابحة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالي فيه مائة بعتكه بها وربح عشرة)

فهذا جائز لاخلاف في صحته ولا نعلم أحداً كرهه وإن قال على أن أربح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده أو ده داوزده. فقد كرهه أحمد ورويت فيه الكراهة عن ابن عمر وابن عباس والحسن ومسروق وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب، ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رأس المال معلوم والربح معلوم أشبه ما إذا قال وربح عشرة دراهم. ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم يعلم لهما في الصحابة مخالف ولان فيه نوعا من الجهالة فالتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح والجهالة يمكن ازالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم أما ما يخرج به الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

﴿ مسئلة ﴾ (والمواضعة أن يقول بعتكها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهما)

المواضعة أن يخبر برأس ماله ويقول بعتك هذا به وأضع لك عشرة فيصح من غير كراهة ، وان قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المرابحة وصح فاذا كان رأس ماله مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة ، وقال قوم يكون الحط درهما من كل أحد عشر فيكون ذلك تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم ويبقى تسعون وعشرة اجزاء من أحد عشر جزأ من درهم، وهذا غلط لان هذا يكون حطاً من كل أحد عشر وهو غير ما قاله ، فأما إن قال بوضيعة درهم لكل عشرة كانت الوضيعة من كل أحد عشر درهما درهم ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن أبي ثور أنه قال الحط ههنا عشرة مثل الاولى ولا يصح فانه إذا قال لكل عشرة درهم يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهم ، وإذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العدة ، ولان من للتبعيض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهما

(فصل) فان باعه السلعة مرابحة مثل أن يخبره ان ثمنها مائة ويربح عشرة ثم علم ببينة أو اقرار أن ثمنها تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً ، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المبيع

ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فاذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعاً به وبالزيادة التي

سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع ، ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى إلى جهالته لاننا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداؤه ولا متى انتهاؤه ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والاحرام والظهار ، وعلى هذا لو شرطا ابتداءه من حين التفرق لم يصح لذلك إلا على الرواية التي تقول بصحة الخيار المجهول ، وإن قلنا ابتداؤه من حين التفرق فشرطا ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان الخيار في المجلس يغني عن خيار آخر فيمنع ثبوته ، والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم الفرق بينهما ان المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقدر ، وهل للمشتري الخيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقل ذلك حنبل وهو قول للشافعي لان المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن أيضاً ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن لكونه حالفاً أو وكيلا أو غير ذلك فظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له وحكي قولا للشافعي لانه رضيه بمائة وعشرة فاذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً فلم يثبت له الخيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين ، وأما البائع فلا خيار له لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) وان قال في المرابحة رأس مالي فيه مائة وأربح عشرة ثم قال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله إلا ببينة تشهد ان راس ماله عليه ماقاله ثانياً ذكره ابن المنذر عن احمد واسحاق وروى أبو طالب عن أحمد اذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله وإن لم يكن صدوقا جاز البيع ، قال القاضي وظاهر كلام الخرقي أن القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب ، والصحيح الاول وكون البائع مؤتمنا لا يوجب قبول دعواه في الغلط كالمضارب اذا أقر بربح ثم قال غلطت ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه لا يقبل قول البائع وإن أقام بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه وإن أقام بينة لاقراره بكذبها

ولنا أنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ولا نسلم أنه أقر بخلافها فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقراراً ، فان لم يكن له بينة أو كانت له بينة وقلنا لا تقبل فادعى أن المشتري يعلم غلطه فأنكر المشتري فالقول قوله ، فان طلب يمينه فقال القاضي لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ، ولانه قد أقر له فيستغنى بالاقرار عن اليمين ، والصحيح أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه رد السلعة أو زيادة في ثمنها فلزمه اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدع انما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ، وان قلنا يقبل قول البائع أو قامت له بينة بما ادعاه وقلنا تقبل بينته فللمشتري أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر ذكره الخرقي فانه لو باعها بدون ثمنها عالما لزمه البيع بما عقد عليه لكونه تعاطى سببه عالما فلزمه كمشتري المعيب عالما بعيبه ، واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه بالنكول ، وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين

(فصل) وإن شرطا الخيار إلى الليل أو الغد لم يدخل الليل والغد في مدة الخيار وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج أن يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لان إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق - ولا تأكلوا أموالهم الى (١) أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك . ولنا أن موضوع الى لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله سبحانه (ثم أتموا الصيام إلى الليل) وكالاجل، ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أوله علي من درهم الى عشرة لم يدخل الدرهم العاشر والطلقة الثالثة،وليس ههنا شك فان الاصل حمل اللفظ على موضوعه فكأن الواضع قال متى

١) الى هذه متعلقة بوصف محذوف افاده التضمين اى مضمومة الى اموالكم

فسخ العقد (قال شيخنا) ويحتمل أنه اذا قال بعتك بمائة وربح عشرة ثم تبين أنه غلط بعشرة أنه لا يلزمه حط العشرة من الربح لان البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ،وكذلك إن تبين أنه زاد في رأس المال لا ينقص الربح من عشرة لان البائع لم يبعه إلا بربح عشرة، فأما إن قال وأربح في كل عشرة درهما فانه يلزمه حط العشرة من الربح في الصورتين وانما أثبتنا للمشتري الخيار لانه دخل على أن الثمن مائة وعشرة فاذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب،وإن اختار أحدهما بمائة واحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لانه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب اذا رضيه المشتري ، وإن اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضا لانه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ورضيا به

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى اشتراه بثمن مؤجل أو ممن لا تقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فلم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الامساك والرد)

اذا اشتراه بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره فان لم يفعل لم يفسد البيع وللمشتري الخيار بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ في احدى الروايتين وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزم الرضى بذلك وحكى ابن المنذر عن أحمد أنه إن كان المبيع قائما فهو مخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلا لانه الثمن الذي اشترى به البائع والتأجيل صفة له فهو كما لو أخبره بزيادة في الثمن وإن كان قد استهلك حبس الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح

(فصل) وان اشتراه بدنانير فاخبر انه اشتراه بدراهم أو بالعكس أو اشتراه بعوض فأخبر أنه اشتراه بثمن أو بالعكس واشباه ذلك فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع التي يثبت فيها ذلك

(فصل) وان اشتراه ممن لا تقبل شهادته له كأبيه وابنه لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك وبهذا قال أبو حنيفة،وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز وان لم يبين لانه اشتراه بعقد صحيح وأخبر بثمنه فأشبه مالو اشتراه من أجنبي. ولنا انه متهم في الشراء منهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم فلم يجز ان يخبر بما اشترى منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه فانه يجب عليه أن يبين أمره لا نعلم فيه خلافا وبه يبطل قياسهم

(فصل) وان اشتراه بأكثر من ثمنه حيلة مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحر أو غيره على وجه الحيلة لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره لان ذلك تدليس وحرام على ما بيناه، وان لم يكن حيلة

سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية ، وفي المواضع التي استشهدوا بها حملت على معنى مع بدليل أو لتعذر حملها على موضوعها كما تصرف سائر حروف الصلاة عن موضوعها لدليل، والاصل حملها على موضوعها ولان الاصل لزوم العقد ، وانما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت مايتيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وإن شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تتغيم فلا يعلم وقت طلوعها . ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم فصح

فقال القاضي إذا باع غلام دكانه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره لانه يتهم في حقه فهو كمن لا تقبل شهادته له والصحيح ان شاء الله ان ذلك يجوز لانه أجنبي فأشبه غيره

(فصل) اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذي أداه فيه فان كان من المتقومات التي لا ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالثياب ونحوها لم يجز حتى يبين الحال على وجهه نص عليه وهذا مذهب الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته كما لو كان المبيع شقصاً وشفعا فان الشفيع يأخذ الشقص بحصته من الثمن، وذكر ابن ابي موسى فيما إذا اشتراه اثنان فتقاسماه رواية عن احمد انه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لان ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به . ولنا ان قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة امانة فلم يجز فيه هذا وصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لا يجوز ان يباع به مايجب التماثل فيه ، واما الشفيع فانا فيه منع وان سلم فان ما اخذه الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه لكونه لا طريق له سوى التقويم ولانه لو لم يأخذه به لاتخذه الناس طريقاً إلى اسقاط الشفعة فيؤدى إلى تفويتها وهاهنا يمكن الاخبار بالحال وبيعه مساومة ولا تدعو الحاجة اليه فان باعه ولم يبين فللمشتري الخيار بين الامساك والرد كالمسائل المذكورة وان كان من المماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالبر والشعير المتساوي جاز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن لا نعلم فيه خلافا لان ثمن ذلك الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة فله بيع احدهما مرابحة بحصته من الثمن على قياس ذلك لان الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، ولذلك لو أقال في أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً وان حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع على ما نذكر ان شاء الله

(مسئلة) (وما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشا للعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به)

وجملة ذلك أن البائع إذا أراد الاخبار بثمن السلعة وكانت بحالها لم تتغير اخبر بثمنها، فان تغير سعر السلعة بأن حط البائع بعض الثمن عن المشتري او اشتراه في مدة الخيار لحق بالعقد واخبر به في الثمن ، وبه قال الشافعي وابو حنيفة ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وان تغير سعر السلعة وهي

كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس بروزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو علق طلاق امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فمنع الغيم المعرفة بوقته ، واو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أوالى غيبتها تحته كان خياراً مجهولا لا يصح في الصحيح من المذهب

(فصل) واذا شرطا الخيار أبداً أو متى شئنا أو قال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه الى مدة مجهولة كقدوم زيد أوهبوب ريح أو نزول مطر أومشاورة انسان ونحو ذلك لم يصح في

بحالها فان غلت لم يلزمه الاخبار بذلك لانه زيادة فيها ، وان رخصت فكذلك نص عليه احمد لانه صادق بدون الاخبار بذلك ، ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال ، فان المشتري لو علم بذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغرير به فان أخبره بدون ثمنها ولم يبين الحال لم يجز لانه كذب ، فأما ما يؤخذ أرشا للعيب أو جناية عليه فذكر القاضي أنه يخبر به على وجهه ، وقال ابو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي وهو الذي ذكره شيخنا في هذا الكتاب لان ارش العيب عوض عما فات به فكان ثمن الموجود ما بقي ، وفي أرش الجناية وجهان (أحدهما) يحط من الثمن كأرش العيب وهو الاولى (والثاني) لا يحطه كالنماء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول : تقوم علي بكذا . لانه صادق فيما اخبر به أشبه مالو أخبره بالحال على وجهه

ولنا أن الاخبار بالحال أبلغ في الصدق وأقرب إلى البيان وبقي التغيير والتدليس فلزمه ذلك كما يلزمه بيان العيب وقياس أرش الجناية على النماء والكسب لا يصح لان أرش الجناية عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه أو كقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما، والنماء زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه

﴿ مسألة ﴾ (وان جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به)

أما إذا جنى ففداه المشتري فانه لا يلحق بالثمن ولا يخبر به في المرابحة بغير خلاف علمناه لان هذا لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا وانما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبهت الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه اوعمل غيره له بغير اجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجها واحدا ، وان اخبر بالحال على وجهه فحسن وكذلك مازيد في الثمن اوحط منه بعد لزوم العقد لا يخبر به ، ويخبر بالثمن الاول لان ذلك هبة من احدهما للآخر فلا يكون عوضا وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المرابحة لانه بسبب العقد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى ثوبا بعشرة وقصره بعشرة اخبر بذلك على وجهه ، فان قال تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك ؟ على وجهين ، وان عمل فيه بنفسه عملا يساوي عشرة لم يجز ذلك وجها واحداً)

وجملة ذلك ان من اراد البيع مرابحة والسلعة بحالها اخبر بثمنها . وان تغيرت فهو على ضربين (أحدهما) ان تتغير بزيادة وذلك نوعان (احدهما ان تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة او يحدث منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا اذا أراد بيعها مرابحة اخبر بالثمن من غير زيادة لانه الذى ابتاعها به ، وان أخذ النماء المنفصل او استخدم الامة او وطيء الثيب اخبر برأس المال ولم يجب تبيين الحال ، وروى ابن المنذر عن احمد أنه يبين ذلك كله وهو قول اسحاق ، وقال اصحاب الرأي

الصحيح من المذهب وهذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي ، وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه أو تنتهي مدته ان كان مشروطا الى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » وقال مالك يصح وتضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقدر في العادة فاذا أطلقا حمل عليه ، وقال أبو حنيفة ان اسقطا الشرط قبل مضي

في الغلة يأخذها لا بأس ان يبيع مرابحة ، وفي الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين لانه موجب العقد ولنا انه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشتري فجاز كما لو لم يزد ، ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة كالغلة (النوع الثاني) ان يعمل فيها عملا مثل ان يقصرها او يرفوها او يخيطها أو يحملها فمتى اراد بيعها مرابحة اخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه او استأجر من عمله هذا ظاهر كلام احمد فانه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز ان يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وابن المسيب وطاوس والنخعي والاوزاعي وابو ثور ، وفيه وجه آخر انه يجوز فيما استأجر عليه ان يضم الاجرة إلى الثمن ويقول . تحصلت علي بكذا لانه صادق ، وبه قال الشعبي والحكم والشافعي . ولنا انه تغرير بالمشتري فانه عسى انه لو علم ان بعض ماتحصلت به لاجل الصناعة لم يرغب فيها لعدم رغبته في ذلك فأشبه ماينفق على الحيوان في مؤنته وكسوته ، وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كالمرض والجناية عليه أو تلف بعضه أو الولادة أو أن يتعيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن ونحوه فانه يخبر بالحال ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه وان قال اشتريته بعشرة جاز وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر انه اشتراه بخمسة)

المستحب في هذه المسئلة وأمثالها أن يخبر بالحال على وجهه لأن فيه خروجا من الخلاف وهو أبعد من التغرير بالمشتري ، فان اخبر انه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لانه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة فأشبه مالو لم يربح ، وروي عن ابن سيرين انه يطرح الربح من الثمن الثاني ويخبر ان رأس ماله عليه خمسة ، واعجب أحمد قول ابن سيرين قال فان باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني انه ربح مرة ثم اشتراه وهذا من أحمد على الاستحباب لما ذكرناه ، ولانه الثمن الذي حصل به الملك الثاني أشبه مالو خسر فيه ، وقال ابو حنيفة لايجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهو قول القاضي وأصحابه لان المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الخياط والقصاب ، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه أمن أن يرد عليه ، فعلى هذا ينبغي اذا طرح الربح من الثمن الثاني أن يقول تقوم علي بخمسة ولا يقول اشتريته بخمسة لانه كذب وهو حرام فيصير كما لو ضم أجرة القصارة ونحوها الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه ، وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة فشيء بنوه على أصولهم لانسلمه ثم لايشبه هذا ماذكروه لان المؤنة لزمته في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه ، وأما تقويم الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر

الثلاث أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته صح لانهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشرطاه

ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولان اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الابد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف ، وقول مالك إنه يرد الى العادة لايصح فانه لاعادة في الخيار يرجع اليها واشتراطه مع الجهالة نادر ، وقول أبي حنيفة لا يصح فان المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ، ولان العقد لايخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فان كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ماشرطاه فيه وان كان فاسداً لم ينقلب

العيب ولم يتعلق به حكمه، وقد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري ان يرده على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فهينا أولى، ويجيء على قولهم انه لو اشترى بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراها بعشرة فانه يخبر انها حصلت عليه بغير شيء ، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر انها تقومت عليه بدرهمين ، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر انها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، فان لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها لانها عن للعقد الذي يلي المرابحة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني ويخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه وهو يدل على صحة ماذكرناه

(فصل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين ثم بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يخبر في المرابحة باحد وعشرين نص عليه وهذا قول النخعي ، وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع الى قول النخعي بعد ذلك ولا نعلم احداً خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بعشرة والثاني باحد عشر فصار أحداً وعشرين

(فصل) قال احمد المساومة عندي أسهل من بيع المرابحة لان بيع المرابحة يعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تعيين الحال على وجهه ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل وخطر فيكون على خطر وغرر فتجنب ذلك أسلم وأولى

(فصل) وان اشتري رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعاها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لا نعلم فيه خلافا لان الثمن عوض عنها فكان بينهما على حسب ملكهما فيها كالاتلاف وان باعها مرابحة أومواضعة أو تولية فكذلك نص عليه أحمد وهو قول ابن سيرين والحكم قال الاثرم قال أبو عبد الله إذا باعها فالثمن بينهما نصفان. قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر؟ فقال وان البس الثوب بينهما الساعة سواء؟ فالثمن بينهما لان كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه. وحكى أبو بكر عن أحمد ان الثمن بينهما على قدر رءوس أموالهما لان بيع المرابحة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رءوس أموالهما، قال شيخنا لم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر، وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لان الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما لعوضه متساويا كما لو باعه مساومة

(فصل) قال رضي الله عنه (السابع خيار يثبت لاختلاف المتبايعين فمتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا فيبدأ بيمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وانما بعتكه بكذا ثم يحلف المشتري مااشتريته بكذا وانما اشتريته بكذا)

صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم حذف أحدهما، وعلى قولنا الشرط فاسد هل يفسد به البيع على روايتين

(احداهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لانه عقد قارنه شرط فاسد فأفسده كنكاح الشغار والمحلل ، ولان البائع انما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري انما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لازلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه والزمناه مالم يرض به ، ولان الشرط يأخذ قسطا من الثمن فاذا حذفناه وجب رد ماسقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد العقد

إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين ، وقال المشتري بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها وان لم يكن لهما بينة تحالفا ، وبه قال شريح وأبو حنيفة والشافعي وهي رواية عن مالك وله رواية أخرى القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وزفر لان البائع يدعي عشرة ينكرها المشتري والقول قول المنكر، وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن أحمد لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ماقال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما. والمشهور في المذهب الاول. ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به وان ابى حلف أيضا وفسخ البيع لان في بعض الفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لاحدهما تحالفا » ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكروه

(فصل) والمبتديء باليمين البائع فيحلف مابعته بكذا وانما بعته بكذا فان شاء المشتري اخذه بما قال البائع والاحلف ما اشتريته بكذا وانما اشتريته بكذا، وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة يبدأ بيمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وماكان اقرب الى فصل الخصومة كان أولى. ولنا قول النبي ﷺ « فالقول ماقال البائع أو يترادان البيع » وفي لفظ « فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» رواه احمد ومعناه ان شاء اخذ وان شاء حلف ولان البائع اقوى جنبة لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه والبائع إذا حلف فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى به فهما سواء ويكفي كل واحد منهما يمين واحدة لانه اقرب الى فصل القضاء

(مسئلة) (فان نكل احدهما لزمه ما قال صاحبه)

يعني إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه وان نكل المشتري حلف المشتري وقضي له ،ووجه ذلك حديث ابن عمر لما باع زيداً عبداً واختلفا في عيب فيه فاحتكما الى عثمان فوجبت على عبدالله اليمين فلم يحلف فرد عثمان عليه العبد رواه الامام احمد

(مسئلة) (فان تحالفا فرضي احدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ)

إذا تحالفا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لانه عقد صحيح فلم ينفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة كما لو قامت البينة لكل واحد منهما، لكن إن رضي احدهما بما قال الآخر اجبر الآخر عليه واقر

(والثانية) لا يفسد العقد به وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ، ولان العقد قد تم باركانه والشرط زائد فاذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لان ذلك يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا، واحتمل أن يصح لان ذلك يتقارب في العادة ولا يكثر تفاوته وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح كما لو شرطه الى يوم معلوم ، وان اراد نفس العطاء فهو مجهول لأنه يختلف

العقد بينهما وان لم يرض واحد منهما فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام أحمد، ويحتمل ان يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وانما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم اشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أو يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك، وروي أن ابن مسعود باع الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبد الله بعتك بعشرين ألفاً ، وقال الاشعث شريت منك بعشرة آلاف ، فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول قول البائع أو يترادان البيع » قال فاني أرد البيع رواه سعيد وروى أيضا حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان للمشتري الخيار إن شاء اخذ وان شاء ترك » وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لانه جعل الخيار اليه فأشبه من له خيار الشرط ولانه فسخ لاستدراك الظلامة أشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق

﴿مسئلة﴾ (وان كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها فان اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع يمينه)

إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن احمد فيها روايتان (إحداهما) يتحالفان هكذا ذكره الخرقي مثل لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) القول قول المشتري مع يمينه اختارها ابو بكر وهو قول النخعي والثوري والأوزاعي وابي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث « والسلعة قائمة » مفهومه انه لا يشرع التحالف عند تلفها ولانهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس، ووجه الرواية الأولى عموم قوله عليه السلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » قال أحمد ولم ينقل فيه «والبيع قائم» الا يزيد بن هارون قال ابو عبد الله وقد اخطأ ،رواه الخلق عن المسعودي ولم يقولوا هذه الكلمة ، ولان كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها ، وقولهم تركناه للحديث قلنا لم يثبت في الحديث ، قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه ، وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع انه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فاذا تحالفا

(فصل) وان شرط الخيار شهراً يوما يثبت ويوما لا يثبت فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لأنه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ويحتمل بطلان الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد في بعضه فسد جميعه كما لو شرط الى الحصاد

(فصل) ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر ، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ الا بحضرة صاحبه لان العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه كالوديعة . ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر الى

فان رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه كما اذا كانت السلعة باقية ويرد الثمن إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فان كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا، وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه لانه لا فائدة في ذلك لان الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري. وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عليه من غير فائدة، ويحتمل أن يشرع لتحصل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد أشبه ما اذا اختلفا في القبض

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ماتا فورثتهما في منزلتهما) في جميع ما ذكرناه لانهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وارث حقوقهما فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما ، ولأنها يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في الدعوى

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطنا وإن فسخ الظالم لم ينفسخ في حقه باطناً وعليه اثم الغاصب)

وجملة ذلك أن الفسخ اذ وجد منهما فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فأشبه الفسخ باللعان . وقال أبو الخطاب إن كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد في الباطن لانه لا يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولهم وجه ثالث أنه لا ينفسخ في الباطن بحال وهذا فاسد لانه لو علم أنه لا ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ومتى علم ان ذلك محرم منع منه ، ولان الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب (قال شيخنا) ويقوى عندي إن فسخه المظلوم منهما انفسخ ظاهراً وباطناً كذلك، وإن فسخه الكاذب عالما بكذبه لم ينفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع اليه لانه رجع اليه بحكم من غير

رضا صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

(فصل) واذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال القاضي لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك لان مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الاجل في حق المولي · ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاجل ، ولان الحكم ببقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها

عدوان منه فأشبه مالو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع اليه)

اذا اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراده اذا كان هو الاغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به أشبه اذا كان في البلد نقد واحد، ويحتمل أنه ردهما اليه مع التساوي لان فيه تسوية بينهما في الحق وتوسطا بينهما وفي العدول الى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى، وعلى مدعي ذلك اليمين لان قول خصمه محتمل فيجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، وإن لم يكن في البلد إلا نقدان تحالفا لانهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه ، وعنه يتحالفان إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من يثبته)

اذا اختلفا في أجل أو شرط أو رهن أو ضمين أو في قدر الاجل أو الرهن فالقول قول من ينفيه في احدى الروايتين مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فكان القول قول من يدعيه كأصل العقد (والثانية) يتحالفان وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا كما لو اختلفا في الثمن ، فأما ان اختلفا فيما يفسد العقد فقال بعتك بخمس أو خيار مجهول أو في شرط فاسد ، وقال لا بل بعتني بنقد معلوم أو خيار معلوم إلى ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطي المسلمين الصحيح أكثر من تعاطي الفاسد ، وان قال بعتك مكرها فأنكر فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع كذلك ، وان قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ويفارق ما اذا اختلفا في الاكراه والشرط الفاسد من وجهين (احدهما) أن الاصل عدمه وهنا الاصل بقاؤه (والثاني) أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح وهنا ماثبت أنه كان مكلفا ، وإن قال بعتك وأنا مجنون فان لم يعلم حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه ، وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبي ، وان قال بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية منها لانه مكلف فالظاهر أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال بعتني هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع)

والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به مالم يتناوله ، ولانه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ولان البيع يقتضي اللزوم ، وانما تخلف موجبه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لزوال المعارض كما لو أمضوه ، وأما المولي فان المدة انما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فان قال أحد المتعاقدين عند العقد لا خلابة فقال أحمد : أرى ذلك جائزا وله الخيار إن كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار وذلك لان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في

أما اذا قال بعتني هذا العبد والامة بمائة قال بل بعتك العبد بخمسين فالقول قول البائع لان المشتري يدعي عقداً ينكره البائع والقول قول المنكر ، وإن قال البائع بعتك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لان البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله مع يمينه كما لو ادعى شراءه منفرداً . وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في أحد عوضي العقد أشبه ما لو اختلفا في الثمن وهذا القول أقيس وأولى إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال بعتني هذا قال بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما)

وذلك مثل أن يقول البائع بعتك هذا العبد قال بل بعتني هذه الجارية لان كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه والقول قول المنكر فاذا حلف البائع ما بعتك هذه الجارية اقرت في يده وإن كان مدعيها قد قبضها ردت عليه ، واما العبد فان كان في يد البائع اقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لانه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المعقود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده الى البائع لانه يعترف انه لم يشتره وليس للبائع طلبه اذا بذل ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لتعذر الثمن عليه فملك الفسخ كما لو أفلس المشتري ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لا يتنافيان فأشبه مالو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعاً وأنكره الآخر ، وإن أقام أحدهما بينة دون الآخر ثبت ماقامت عليه البينة دون الآخر

﴿ مسئلة ﴾ وان قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عيناً أو عرضاً جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم اليهما)

لان حق البائع قد تعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فاجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه وهذا قول الثوري وأحد أقوال الشافعي ، وعن أحمد مايدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا وهو قول ثان للشافعي والاول أولى لما ذكرنا ، وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن قبل الاستيفاء كالمرتهن

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى ويخالف الرهن فانه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع وان كان دينا أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن لان حق المشتري تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده وكذلك تقديم الدين الذي به الرهن على ما في الذمة

البيوع فقال « اذا بايعت فقل لا خلابة » متفق عليه ، ولمسلم « من بايعت فقل لا خلابة » فكان اذا بايع يقول لا خلابة ويحتمل أن لا يكون له الخيار ويكون هذا الخبر خاصاً لحبان لانه روي أنه عاش إلى زمن عثمان رضي الله عنه فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثا، وهذا يدل على اختصاصه بهذا لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلابة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ان كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ، وان علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لأنه

وكذلك تقديم أرش الجناية على الدين لذلك ، وقال مالك وأبو حنيفة يجبر المشتري أولا على تسليم الثمن كالمسئلة قبلها وقد ذكرنا ما يدل على خلافه ، إذا ثبت هذا وأوجبنا على البائع التسليم فسلم فان كان المشتري موسراً والثمن حاضراً أجبر على تسليمه وان كان الثمن غائباً عن البلد في مسافة القصر أو كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كالمفلس ، وان كان الثمن في بيته أو بلده حجر على المشتري في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع ، وان كان غائبا عن البلد قريبا دون مسافة القصر فللبائع الفسخ في أحد الوجهين لان عليه ضرراً في تأخير الثمن أشبه المفلس (والثاني) لا يثبت له خيار الفسخ لانه كالحاضر فعلى هذا يحجر على المشتري كما لو كان في البلد وهذا كله مذهب الشافعي، وقال شيخنا ويقوى عندي انه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن من تسليمه لان البائع انما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وانما يؤثر ما ذكر في الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه أما مع الخطر المحوج الى الحجر أو المجوز الفسخ فلا ينبغي ان يثبت ولان شرع الحجر لا يندفع به الضرر لانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم أولى أن يمنع التسليم لان المنع أسهل من الرفع، والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها من التسليم قبل قبض صداقها ولم تملكه بعد التسليم على أحد الوجهين . وكل موضع قلنا له الفسخ فانه يفسخ بغير حكم حاكم لانه فسخ للبيع لتعذر ثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله اذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك الى الحاكم لان ولاية الحجر اليه

(فصل) فان هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لانه يملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى وان كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم ان وجد الحاكم له مالا قضاه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فللمشتري وان أعوز ففي ذمته ، قال شيخنا ويقوى عندي ان للبائع الفسخ بكل حال لانا ابحنا له الفسخ مع حضوره اذا كان الثمن بعيداً عن البلد للضرر في التأخير فههنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ، ولا يندفع الضرر برفع الامر الى الحاكم لانه قد يعجز عن اثباته عنده وقد يكون المبيع في مكان لا حاكم فيه والغالب ان لا يحضره من يعرفه الحاكم بالعدالة فاحالته على هذا تضييع لماله وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من ان للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل احضار الثمن لما في ذلك من الضرر

روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لايزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له « اذا أنت بايعت فقل لاخلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت أمسكت وان سخطت فارددها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة يثبت في حق سائر الناس مالم يقم على تخصيصه دليل

ولنا أن هذا اللفظ لايقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه والخبر على الوجه الذي احتجوا به انما رواه ابن ماجه مرسلا وهم لايرون المرسل حجة ، ثم لم

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرألان التهمة تلحقه فيها فمنع منها . ولنا انه بيع عين لاخيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من المنع كالقبيحة ولانه ان كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل منها بعيد نادر وان كان لم يستبرئها فهو الذي ترك التحفظ لنفسه، ولو طالب المشتري البائع بكفيل لئلا تظهر حاملا لم يكن له ذلك لانه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طالب كفيلا بالثمن المؤجل

(مسئلة) (ويثبت الخيار للتخالف في الصفة وتغير ماتقدمت رؤيته وقد ذكرناه) في الفصل السادس من كتاب البيع بما يغني عن اعادته

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن اشترى مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه حتى يقبضه ، وان تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا ان يتلفه آدمي فيخير المشتري بين فسخ العقد وامضائه ومطالبة متلفه ببدله وعنه في الصبرة المتعينة انه يجوز بيعها قبل قبضها ، وان تلفت فهي من ضمان المشتري)

ظاهر المذهب ان المكيل والموزون لايدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، وهو ظاهر كلام الخرقي وكذلك قال في المعدود سواء كان متعينا كالصبرة او غير متعين كقفيز منها ، وهو ظاهر كلام احمد ونحوه قول اسحاق ، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن ابي سليمان ان كل مابيع على الكيل والوزن لايجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وقال القاضي واصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ماليس بمتعين كالقفيز من صبرة والرطل من زبدة، فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل، وقد نقل عن احمد نحو ذلك فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق فهو من مال المشتري . وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى مافي السفينة صبرة لم يسم كيلا فلا بأس أن يشترك فيها ويبيع ماشاء الا أن يكون بينهما كيل فلا يولى حتى يكال عليه ، ونحو هذا قال مالك فانه قال فيما يبع من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ماروى الاوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقا . وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي ﷺ ولان المبيع المعين لايتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ونقل عن احمد أن المطعوم لايجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن ، فعلى هذا

يقولوا بالحديث على وجهه انما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا ولا يعلم ذلك أحد لان اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ما ليس بمقتضاه ، وعلى أنه انما كان خاصاً لحبان بدليل ما رويناه ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه

(فصل) اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل

يختص ذلك بالمطعوم في أنه لا يدخل في ضمان المشتري الا بقبضه فان الترمذي روى عن احمد انه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه ، وقال الاثرم سألت أبا عبدالله عن قوله نهى عن ربح ما لا يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه ، وقال ابن عبد البر الاصح عن احمد بن حنبل ان الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فمفهومه إباحة بيع ما سواه قبل قبضه وروى ابن عمر قال رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاما فلا يبيعه(١) حتى يستوفيه» متفق عليهما . ولمسلم عن ابن عمر قال . كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه . وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز بيعه والتصرف فيه كما بعد قبضه ، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيصه على البيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك

(فصل) وكل ما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه لا يجوز له بيعه حتى يقبضه وقد ذكرنا ذلك وذكرنا الذي يحتاج الى قبض والخلاف فيه لما ذكرنا من الاحاديث ولأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم ولم نعلم بين أهل العلم في ذلك خلافا إلا ما حكي عن البتي أنه لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه . قال ابن عبدالبر وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام وأظنه لم يبلغه الحديث ومثل هذا لا يلتفت إليه .

(فصل) والمبيع بصفة او برؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه لأنه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون

(فصل) وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع ، فان تلف بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن وان بان بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وان اتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة ان لم يكن مثليا ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اتلفه البائع فقال اصحابنا الحكم فيه كما لو اتلفه أجنبي ، وقال الشافعي : ينفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لأنه تلف يضمنه به البائع اشبه تلفه بفعل الله تعالى ، وفرق اصحابنا بينهما لكونه إذا تلف بفعل

١) بالرفع وفي رواية فلا يبيعه بالجزم والخبر في الاولى بمعنى الانشاء

الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز اذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس، قيل لابي عبد الله فان أراد ارفاقه أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئا وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة فقال أبو عبد الله هذا جائز الا أنه اذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته، وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به الا باتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضي الى أن القرض جر منفعة

الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما اذا اتلفه، فان اتلافه يقتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة الى المشتري في التضمين بأيهما شاء

(فصل) وان تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بامر سماوي فالمشتري مخير بين أخذه ناقصا ولاشيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لانه ان رضيه معيبا فكأنه اشترى معيبا عالماً بعيبه لا يستحق شيئاً من اجل العيب، وان فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له اكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه لم يكن له الفسخ لذلك لانه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره وان كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أوعيب، وقياس قول الشافعي أنه بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى وان كان بفعل أجنبي فله الفسخ والمطالبة بالثمن وأخذ المبيع ومطالبة الاجنبي بعوض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فان كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه، وان كانت في يد البائع فهو كاتلافه وكذلك ان كانت في يد أجنبي فهو كاتلافه، وان لم يكن في يد أحد انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل قبضه بامر لا ينسب إلى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصا بطعام فقبض الشاة أو العبد وباعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لانه كمل قبل فسخ العقد ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة أو العبد أو الشقص بقيمة ذلك لتعذر رده، وعلى الشفيع مثل الطعام لانه عوض الشقص

﴿ مسألة ﴾ (وعنه في الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وان تلفت فهي من ضمان المشتري) نقلها عنه أبو الحارث والجوزجاني واختاره القاضي وأصحابه ونحوه قول مالك لقول ابن عمر مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعاً فهو من مال المبتاع وقد ذكرنا ذلك

﴿مسألة﴾ (وماعدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان تلف فهو من مال المشتري)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون في ذلك كله ماعدا المكيل والموزون والمعدود والمطعوم على ما ذكرنا فيه من الخلاف يجوز التصرف فيه قبل قبضه في أظهر الروايتين وروى مثل هذا عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والاوزاعي واسحاق، وعن احمد رواية أخرى لايجوز بيع شيء قبل القبض اختارها ابن عقيل، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا ان أبا حنيفة اختار بيع العقار قبل قبضه وإذا قلنا بجواز التصرف فيه فتلف فهو من ضمان المشتري، وقال أبو حنيفة كل مبيع قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار، وقال الشافعي

(فصل) فان قال بعتك على أن تنقدني الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحاق ومحمد بن الحسن وبه قال أبو ثور اذا كان الشرط الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة فسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كالو علقه بقدوم زيد

هو من ضمان البائع في الجميع ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد مثل ذلك . واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع الطعام قبل قبضه ، وبما روي عن ابن عباس أنه قال أرى كل شيء بمنزلة الطعام (١) وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرا الصدقات حيث تقبض ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد الى مكة قال « انههم عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا » ولانه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون .

ولنا على جواز بيعه قبل قبضه ماروى ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شيء » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب يعني لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك ياعبد الله ابن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا ظاهر في التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملا ونقده ثمنه ثم وهبه اياه قبل قبضه ولانه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولانه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد المودع والمضارب

ولنا على أنه اذا تلف فهو من ضمان المشتري قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه وقول ابن عمر مضت السنة ان ما ادركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع ، وأما احاديثهم فقد قيل لم يصح منها الاحديث الطعام وهو حجة لنا بمفهومه فان تخصيص الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على جوازه فيما سواه وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك متحقق واكثر مافيه تخلف القبض واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لايجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه قال القاضي ولو ابتاع شيئا مما يحتاج إلى قبض فلقيه ببلد آخر لم يكن له أخذ بدله ان تراضيا لانه مبيع لم يقبض فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه الا أن يكون سلما لانه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه

(فصل) وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لايجوز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبدل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود . ومالا ينفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف لان المقتضي للتصرف الملك وقد وجد لكن مايتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود

(١) الطعام ربوى وعليه مدار المعيشة فلا يقاس عليه ماليس مثله في ذلك

ولنا أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه ولانه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لوشرط الخيار ، ولأنه نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ، ولان هذا بمعنى شرط الخيار لانه كما يحتاج إلى التروي في البيع هل يوافقه أو لا يحتاج الى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولا فهما سيان في المعنى متغايران في الصورة الا أنه في الخيار يحتاج الى الفسخ وههنا ينفسخ اذا لم ينقد لانه جعله كذلك

(فصــل) والعقود على أربعــة أضرب (أحدها) عقد لازم يقصد منه العوض وهو البيع وما في معناه وهو نوعان (أحدهما) يثبت فيه الخياران خيار المجلس وخيار الشرط وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس والصلح بمعنى البيع والهبة بعوض على احدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه فهذا يثبت فيه الخيار لان الخيار ورد في البيع وهذا في معناه ، فأما الاجارة المعينة فان كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي الى فوت بعض المنافع المعقود عليهــا أو الى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز

عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر ومالا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة، والمهر كذلك عند القاضي ، وهو قول أبي حنيفة لان العقد لا ينفسخ بهلاكه ، وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لانه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو بصفة بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهــذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول ،فاما ماملك بارث أو وصية أو غنيمة أو تعين ملكه فيه فانه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لانه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض ، وهــذا مذهب أبي حنيفة والشافعي وان كان لانسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لانه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فهي كالتي في يده فان كان غصبا فقد ذكرنا حكمه

(فصل) فان اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما الآخر نصيبه قبل ان يقسماه احتمل أن لا يجوز وكرهه الحسن وابن سيرين فيما يكال أو يوزن لانه لم يقبض نصيبه منفردا فأشبه غير المقبوض ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله له لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاما فاكتاله وتفرقا ثم باعه اياه بذلك الكيل وان لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين ذكرناهما

(فصل) وكل مالا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز فيه الشركة ولا التولية ولا الحوالة به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لانها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة ، ولنا ان التولية والشركة من أنواع البيع فان الشركة بيع بعضه بقسطه من ثمنه والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه فيدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ولانه تمليك لغير من هو في ذمته فأشبه البيع .وأما الاقالة فهي فسخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب، وكذلك لا يصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة وما أشبه ذلك ولا التصرفات المنعقدة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه

وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها الخياران قياساً على البيع وقد ذكرنا مايقتضي الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها لان المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه فأشبه فسخ البيع بالرد بالعيب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس لأنه قبل المبيع بثمنه فأشبه المشتري (النوع الثاني) مايشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة لان موضوعها على أن لايبقى بينهما علقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض وثبوت الخيار يبقي بينهما علقة ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب لعموم الخبر ، ولان موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضة وهو موجود فيها وعنه لا يثبت فيها الخيار إلحاقا بخيار الشرط

(الضرب الثاني) لازم لايقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما خيار لان الخيار إنما

﴿ مسئلة ﴾ (ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض ، وقد روي عن احمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التميز لانه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار. ولنا ماروى عثمان بن عفان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا بعت فكل واذا ابتعت فاكتل » رواه البخاري وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله » رواه مسلم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كيلا

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الصبرة وما ينقل بالنقل) لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا الطعام جزافا أن لا يبيعوه في مكانه حتى يحولوه ، وفي لفظ كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، وفي لفظ كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله رواهن مسلم وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل ، وقد دل على ذلك أيضا قوله عليه الصلاة والسلام «إذا سميت الكيل فكل»

﴿مسئلة﴾ (وفيما يتناول بالتناول وفيما عدا ذلك بالتخلية)

وعنه أن قبض جميع الاشياء بالتخلية مع التمييز إذا كان البيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد وإن كان ثيابا فقبضها نقلها وان كان حيوانا فقبضه بمشيه من مكانه وان كان ما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لاحائل دونه ولان القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع الى العرف كالاحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرناه

(فصل) وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع لان عليه تقبيض المبيع للمشتري والقبض لايحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة العداد في المعدودات وأما نقل المنقولات وما أشبهها فهو على المشتري لانه لايتعلق به حق توفية نص عليه أحمد

(فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لانه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله والعوض ههنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة ولان في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا

(الضرب الثالث) لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن فلا يثبت فيه خيار لان المرتهن يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لاخيار لهما لانهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن وكذلك المكاتب

(الضرب الرابع) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية فهذه لا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها

(الضرب الخامس) وهو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة والظاهر أنهما جائزان

﴿مسألة﴾ (والاقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا يجوز إلا بمثل الثمن وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك الا بمثل الثمن في أحد الوجهين

اقالة النادم مستحبة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة » رواه ابن ماجه وأبو داود ولم يقل أبو داود يوم القيامة، وهي فسخ في أصح الروايتين اختارها أبو بكر وهي مذهب الشافعي (والثانية) هي بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد الى البائع على الجهة التي خرج عليها فكانت بيعا كالاول، وكونها بمثل الثمن لا يمنع من كونها بيعا كالتولية ، وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرها فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل يجوز في المبيع قبل قبضه وفي السلم ويثبت حكم البيع في حق الشفيع فيجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الرفع والازالة يقال أقالك الله عثرتك أي أزالها فكانت فسخاً للعقد الاول بدليل جواز الاقالة في السلم مع اجماعهم على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، ولانها مقدرة بالثمن الاول ولو كانت بيعاً لم تقدر به ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب، ويدل على أبي حنيفة ماكان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ولان حقيقة الفسخ لاتختلف بالنسبة الى شخص دون شخص والاصل اعتبار الحقائق، فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده وقال أبو بكر لا بد من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة

ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو لاختلاف المتبايعين وفارق العدة فانها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا. وان قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لان بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخا لانها رفع للعقد وإزالة له وليست معاوضة فأشبهت سائر الفسوخ، ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث، وان كانت بيعا استحقت الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كالتولية. والصحيح أنها لا تجوز الا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية وفيه وجه آخر أنها تجوز باكثر من الثمن الاول وأقل منه كسائر البياعات فاذا

فلا يدخلهما خيار وقد قيل هما لازمان ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان ،والسبق والرمي والظاهر أنهما جعالة فلا يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد مضى ذكرها

(الضرب السادس) لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحوالة والاخذ بالشفعة فلاخيارفيهما لان من لايعتبر رضاه لاخيار له ، واذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر كسائرالعقودويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيع

باب الربا والصرف

الربا في اللغة هو الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عدداً ، يقال أربى فلان على فلان اذا زاد عليه . وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة . وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وحرم الربا) وما بعدها من الآيات

وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ماهي ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه . متفق عليهما في أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الامة على أن الربا محرم

قلنا لاتجوز الا بمثل الثمن وأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقيا للمشتري ، وبهذا قال الشافعي ، وعن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظها اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فيبطل ونفي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ ، ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فيبطل كبيع درهم بدرهمين ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا اشترط زيادة أو نقصا أخرج العقد عن مقصوده فيبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم اليه وفارق سائر الفسوخ لانه لايعتبر فيه الرضى منهما بل يستقل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزم أيضا لانه لا يستحق أكثر من الفسخ وفي مسئلتنا لاتجوز الاقالة الا برضاهما وانما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الاقالة لعدم رضاه بها

﴿ باب الربا والصرف ﴾

الربا في اللغة الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عددا ، وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وحرم الربا) وما عداها من الآيات ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم «اجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ما هي؟ قال « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه متفق عليهما وأجمعت الامة على أن الربا محرم .

(فصل) والربا على ضربين ربا الفضل وربا النسيئة وأجمع أهل العلم على تحريمهما وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكي عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا : انما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لا ربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم انه رجع إلى قول الجماعة روى ذلك الاثرم باسناده وقاله الترمذي وابن المنذر وغيرهم وقال سعيد باسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله مارجع عن الصرف وعن سعيد ابن جبير قال : سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأساً وكان يأمر به. والصحيح قول الجمهور لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائباً بناجز » وروى أبو سعيد أيضاً قال : جاء بلال الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما ، قال الترمذي على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاربا الا في النسيئة » محمول على الجنسين

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما كيل أو وزن من سائر الاشياء فلا يجوز التفاضل فيه اذا كان جنسا واحداً)

﴿مسئلة﴾ (وهو نوعان ربا الفضل وربا النسيئة)

وأجمعت الامة على تحريمهما وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكي عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير انهم قالوا انما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لاربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم إنه رجع الى قول الجماعة وروى ذلك الاثرم وقاله الترمذي وابن المنذر وروى سعيد باسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله ما رجع عن الصرف ، وعن سعيد بن جبير قال سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأسا وكان يأمر به، والصحيح قول الجمهور لما روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » وعن أبي سعيد قال جاء بلال الى النبي ﷺ بتمر برني فقال له النبي ﷺ « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن ان أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما قال الترمذي : على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم وقول النبي ﷺ « لاربا إلا في النسيئة » محمول على الجنسين

﴿ مسئلة ﴾ (فاما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون ، وان كان يسيراً

قوله من سائر الاشياء يعني من جميعها وضع سائر موضع جميع تجوزا وموضوعها الاصلي لباقي الشيء ، وقد روي عن النبي ﷺ في الربا أحاديث كثيرة ومن أتمها ماروى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل ، والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل ، والملح بالملح مثلا بمثل ، والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » رواه مسلم ، فهذه الاعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع واختلف أهل العلم فيما سواها فحكي عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها وقالا لايجري في غيرها وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ماعداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلة وأنه يثبت في كل ماوجدت فيه علتها ، لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته في كل موضع وجدت علته فيه ، وقول الله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه (١) وهذا يعارض ماذكروه . ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لايجري الا في الجنس الواحد الا سعيد بن جبير فانه قال كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة بالشعير والتمر بالزبيب والذرة بالدخن لانهما يتقارب نفعهما فجريا مجرى نوعي جنس واحد وهذا يخالف قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم » فلا يعول عليه ثم يبطل بالذهب بالفضة فانه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما ، واتفق المعللون على ان علة الذهب

كتمرة بتمرتين وحبة بحبتين ، وعنه لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم وعنه لا يحرم إلا في ذلك اذا كان مكيلا أو موزونا)

روي عن النبي ﷺ في الربا أحاديث كثيرة من أتمها حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد » رواه مسلم . فهذه الاعيان الستة المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع ، واختلف أهل العلم فيما سواها فحكي عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها ، وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن الربا فيها بعلة وانه يثبت في كل ماوجدت فيه علتها لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته حيث وجدت علته ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة اذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكروه ، ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فانه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والدخن لانها يتقارب نفعها فجرى مجرى نوعي الجنس ، وهذا مخالف لقول النبي ﷺ « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد وبيعوا التمر بالبر كيف شئتم » فلا يعول عليه واتفق المعللون على أن علة الذهب

والفضة واحدة ، وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة وذكرها الخرقي وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب وهو قول النخعي والزهري والثوري واسحاق وأصحاب الرأي . فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة؟ بالابل فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه الامام أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ماوزن مثلا بمثل اذا كان نوعا واحدا ، وما كيل مثلا بمثل اذا كان نوعا واحدا » رواه الدار قطني ، ورواه عن ابن صاعد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب عن أبي بكر بن عياش عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال لم يروه عن أبي بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره فرواه بلفظ آخر ، وعن عمار أنه قال العبد خير من العبدين والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به ، انما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولأن قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز اذا تساويا في الكيل

والفضة واحدة وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة كونه مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة ذكرها الخرقي وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب وبه قال النخعي والزهري والثوري واسحاق وأصحاب الرأي، فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والحناء والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال : يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل ؟ فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر ، وعن أنس أن النبي ﷺ قال « ماوزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحداً » رواه الدار قطني ، وعن عمار أنه قال : العبد خير من العبدين والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به انما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن، ولأن قضيه البيع المساواة والمعتبر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز إذا تساويا

(والرواية الثانية) أن العلة في الاثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ماعداها ، قال أبو بكر روي ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو هذا قال الشافعي فانه قال العلة الطعم والجنس شرط ، والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل . رواه مسلم، ولان الطعم وصف شرف إذ به قوام الابدان، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولانه لو كانت العلة في الاثمان الوزن لم يجز اسلامهما في الموزونات لان أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء (والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكمثرى والاترج والسفرجل والاجاص والخيار والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد والرصاص ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدراقطني وقال الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولان لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ، ولان الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة وانما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي فيه وانما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا فوجب أن يكون الطعم معتبراً في

في الكيل (والرواية الثانية) أن العلة في الأثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها . قال أبو بكر روى ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو ذلك قول الشافعي فانه قال: العلة الطعم والجنس شرط والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف اذ به قوام الابدان ، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الاثمان الوزن لم يجز اسلامهما في الموزونات لان أحد وصفي علة الربا يكفي في تحريم النساء

(والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد ابن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا الا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدارقطني وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولان لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ولان الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة وانما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي فيه ، وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزناً فوجب ان يكون الطعم معتبراً في المكيل

المكيل والموزون دون غيرها والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر ، فنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام الا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل والوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه ، وقال مالك العلة القوت أو مايصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين الجنس الواحد علة وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل « لا بأس به اذا كان يداً بيد » وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع عبداً بعبدين رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث حسن صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده (١) وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة

والحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والخل واللبن واللحم ونحوه وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث سوى قتادة فانه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم التفاضل على الستة الاشياء ، وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم كالتين والنوى والقت والماء والطين الارمني فانه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولا فهو اذاً من القسم الاول وماعداه انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « لا تأكلي الطين فانه يصفر اللون » وماوجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله تعالى حله إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها

(١) فيه أنه أراد ما يصلح به القوت الملح والادام والحطب ونحوه من الوقود لم يسمه أحد مصلحاً للطعام، فالحق أن قول مالك هو المعقول الموافق لنص الحديث ، فلا يقاس على الستة الاشياء الا ماحل محلها في كونه معيارا للاثمان والمعاملات كالنقدين او قوتا غالبا يدخر ومجرد الطعم اوالكيل والوزن لا يصلح علة لهذا التضييق على عباد الله ولو ارادها الشارع لعبر بها فأوجز واختصر

والموزون دون غيرها ، والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر فنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي من كيل أو وزن ، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه وهذا اختيار شيخنا ، وقال مالك العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره . وقال ابن سيرين في الجنس الواحد . وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل « لا بأس إذا كان يداً بيد » وروي أن النبي ﷺ ابتاع عبداً بعبدين رواه أبو داود والترمذي وقال : هو حديث صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة . فالحاصل ان ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن واللبن ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث ، وما يعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم وذلك كالتين والنوى والقت والماء ، والطين الارمني فانه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولا فهو إذاً من القسم الاول وما عداه انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا . وماوجد فيه الطعم وحده أو الكيل والوزن من جنس واحد ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله حله اذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها يعارض

يعارض بعضها بعضاً فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار. ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتا كالارز والذرة والدخن أو أدما كالقطنيات واللبن واللحم، أو تفكها كالثمار أو تداويا كالاهليلج والسقمونيا فان الكل في باب الربا واحد

(فصل) وقوله ما كيل أو وزن أي ما كان جنسه مكيلا أو موزونا وإن لم يتأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة، أو لكثرته كالزبرة العظيمة فانه لايجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلا بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذى لا يتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى » ولان ماجرى الربا في كثيره جرى في قليله كالموزون

(فصل) ولايجوز بيع تمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري ولا أعلمه منصوصاً عليه ولكنه قياس قولهم لان ماأصله الكيل لاتجري المماثلة في غيره

(فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والابريسم (١) فالمنصوص عن أحمد في الثياب والاكسية أنه لايجري فيها الربا فانه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال لا يباع الفاس بالفاسين ولا السكين بالسكينين، ولا ابرة بابرتين أصله الوزن، ونقل القاضي حكم احدى المسألتين إلى الاخرى فجعل

(١) كثرت أنواع الموازين في عصرنا فصار كل شيء يوزن كما يشير اليه قوله تعالى (وأنبتنا فيها من كل شيء موزون) فكيف يحكمون موازينهم في أحكام الشرع العامة؟

بعضها بعضاً فوجب اطراحها والجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار، ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالارز والذرة أو أدما كالقطنيات واللحم واللبن أو تفكها كالثمار أو تداوياً كالاهليلج والسقمونيا فان الكل في باب الربا واحد

(فصل) وقوله في كل مكيل أو موزون أي ما كان جنسه مكيلا أو موزوناً وان لم يتأت فيه كيل ولا وزن اما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة اولكثرته كالزبرة العظيمة فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض الا مثلا بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر، ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذى لايتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل من زاد أوازداد فقد أربى « ولان ماجرى الربا في كثيره جرى في قليله كالموزون ولا يجوز بيع تمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري لان ما أصله الكيل لا تجري المماثلة في غيره

(فصل) اما مالا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والحرير فالمنصوص عن أحمد في الثياب والاكسية انه لا يجري فيه الربا فانه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال لا يباع الفلس بالفلسين ولا السكين بالسكينين ولا الابرة بالابرتين اصله الوزن ونقل القاضي حكم احدى المسئلتين الى الاخرى فجعل في

فيها جميعا روايتين (احداها)لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لانه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والاجماع فيه(والثانية)يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لان أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضي أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا ومالا فلا

(فصل)ويجري الربا في لحم الطير ، وعن أبي يوسف لا يجري فيه لانه يباع بغير وزن : ولنا أنه لحم فجرى فيه الربا كسائر اللحمان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد ثقله وتختلف قيمته بثقله وخفته فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد

(فصل)والجيد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وتحريمه مع التفاضل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولان للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب . ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل » وعن عبادة عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبي الاشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ،فمن زاد أو ازداد فقد أربى»

الجميع روايتين (احداها) لا يجري في الجميع وهو قول الثورى وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لانه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح اذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والاجماع فيه (والثانية) يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لان أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز، وذكر ان اختيار القاضي ان ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا والا فلا

(فصل) ويجري الربا في لحم الطير وعن أبي يوسف لا يجري فيه لانه يباع بغير وزن . ولنا أنه لحم فأشبه سائر اللحمان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد نقله وتختلف قيمته بثقله وخفته اشبه ما يباع من الخبز عدا

(فصل) والجيد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وهذا قول أكثر العلماء منهم ابو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر ذلك أصحابه ، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية انه لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة لان للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة الى الذهب . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » وعن عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود وروى مسلم عن أبي الاشعث ان معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقدم فقال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا

وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل، ثم قدم أبو الدرداء على عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما فذكر له ذلك ، فكتب عمر الى معاوية لا تبع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن ، ولانهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد والرديء ، فأما إن قال لصائغ صغ لي خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين ، وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين (أحدهما) في مقابلة الخاتم (والثاني) أجرة له

(فصل) وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء بغير خلاف نعلمه ويحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم «عينا بعين» وقوله «يداً بيد» ولان تحريم النساء آكد، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد ولا يجوز نسيئة)

لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه الا عن سعيد بن جبير أنه قال : ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فيهما وهذا يرده قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « اذا اختلفت هذه الاشياء فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » رواه مسلم وأبو داود ، ولانهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كما لو تباعدت منافعهما ولا خلاف في اباحة التفاضل في الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما ، فأما النساء فكل جنسين يجري فيهما الربا بعلة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به فانه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء بغير خلاف نعلمه وذلك لقوله عليه السلام «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة فلا » رواه أبو داود الا أن يكون أحد العوضين ثمنا والآخر مثمنا فانه يجوز النساء بينهما بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس المال الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب ، فأما ان اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان (احداهما) يحرم النساء فيهما وهو الذي ذكره الخرقي ههنا لانهما مالان من أموال الربا فحرم النساء فيهما كالمكيل بالمكيل (والثانية) يجوز النساء فيهما وهو قول النخعي لانهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان

(فصل) واذا باع شيئا من مال الربا بغير جنسه وعلة ربا الفضل فيهما واحدة لم يجز التفرق قبل القبض ، فان فعلا بطل العقد وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقدين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر

بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى» وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل ولانهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد بالرديء فأما ان قال لصائغ

بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد » رواه مسلم وقال عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وروى مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني فأخذ يقلبها في يديه ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء ، والبر بالبر ربا الاهاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء » متفق عليه والمراد به القبض بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ولهذا فسره عمر به ولانهما مالان من أموال الربا علتهما واحدة فحرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة فأما إن اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون عند من يعلل بهما فقال أبو الخطاب يجوز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة لان علتهما مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يتصور عنده ذلك الا في بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض على كل حال لقوله « يداً بيد »

﴿مسئلة﴾ قال (وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد ولا يجوز نسيئة)

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات (احداهن) لا يحرم النساء في شيء من ذلك سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا الا على قولنا ان العلة الطعم فيحرم النساء في المطعوم ولا يحرم في غيره ، وهذا مذهب الشافعي واختار القاضي هذه الرواية لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الابل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة. رواه أبو داود وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد أن عليا باع بعيرا له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة الى أجل، ولانهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الاموال كلها كالنوع الآخر (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم في غير ذلك ، وهذا مذهب أبي حنيفة وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء ابن الحنفية وعبد الله بن عمير وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري ، وروي ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن (والثالثة) لا يحرم النساء الا فيما بيع بجنسه متفاضلا فاما مع التماثل فلا لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد » قال الترمذي هذا حديث حسن، وروى ابن عمر أن رجلا قال يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل؟ فقال « لا بأس إذا كان يداً بيد » من المسند وهذا يدل على اباحة النساء مع التماثل بمفهومه (والرابعة) يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذا

اصنع لي خاتماً وزنه درهم وأعطيك مثل زنته وأجرتك درهما فليس ذلك بيع درهم بدرهمين، وقال اصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابلة الخاتم والباقي أجرة له

ظاهر كلام الخرقي ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة لانه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا، قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقدا والدراهم نسيئة جاز وان كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يجز لانه يفضي الى النسيئة في العروض وهذه الرواية ضعيفة جدا لانه اثبات حكم يخالف الاصل بغير نص ولا اجماع ولا قياس صحيح فان في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار وما هذا سبيله لايجوز اثبات الحكم فيه وان لم يخالف اصلا فكيف يثبت مع مخالفة الاصل في حل البيع؟ واصح الروايات هي الاولى لموافقتها الاصل، والاحاديث المخالفة لها قال ابو عبدالله ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبني ان يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة قال الاثرم قال ابو عبد الله لا يصحح سماع الحسن من سمرة وحديث جابر قال ابو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء وليث بن سعد سمعه من ابي الزبير ولايذكر فيه نساء وحجاج هذا هو حجاج بن ارطاة قال يعقوب بن شيبة هو واهي الحديث وهو صدوق. وان كان احد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففيه روايتان (أحداهما) يحرم النساء فيهما (والثانية) لايحرم كما لو باع معدودا بمعدود من غير جنسه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه الا العرايا)

أراد الرطب مما يجري فيه الربا كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب واللبن بالجبن والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنيئة ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد، وقال ابن عبد البر جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لايجوز بحال من الاحوال، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك لانه لايخلو اما أن يكون من جنسه فيجوز لقوله عليه السلام «التمر بالتمر مثلا بمثل» أو من غير جنسه فيجوز لقوله عليه السلام «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم» ولنا قوله عليه السلام «لاتبيعوا التمر بالتمر» وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية ان تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا متفق عليه وعن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال «اينقص الرطب اذا يبس؟» قالوا نعم فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه ولفظ رواية الاثرم قال (فلا اذن) نهى وعلل بأنه ينقص اذا يبس وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة. والمزبنة بيع الرطب بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا ولانه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز كبيع المقلية بالنيئة. ولا يلزم الحديث بالعتيق لان التفاوت يسير قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الامر على ماتوهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ وهو لايروي عن متروك الحديث

(فصل) فأما بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله فيجوز مع التماثل في قول اكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعي فيما ييبس فأما مالا ييبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لانه

(فصل) وكل ماحرم فيه ربا الفضل حرم فيه النساء بغير خلاف علمناه، ويحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم «عيناً بعين» وقوله «يداً بيد» ولان تحريم النساء آكد ولذلك جرى في

لا يعلم تساويهما حالة الادخار فاشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري من أصحابنا الى هذا وحمل كلام الخرقي عليه لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا ويجوز اذا تناهى جفافه مثلا بمثل ومفهوم كلام الخرقي ههنا إباحة ذلك لان مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحة بيع كل واحد منهما بمثله ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فبقي على العموم وما ذكره لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالنقصان بخلاف مسئلتنا ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت في ذلك يسير ولا يمكن ضبطه فيعفى عنه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا ولا ما أصله الوزن كيلا)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وإن لم يوجد لم يصح البيع وإن تساويا في غيرها، وهذا قول ابي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم لا نعلم أحداً خالفهم الا مالكا قال يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافا

ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب وزنا بوزن ، والفضة بالفضة وزنا بوزن ، والبر بالبر كيلا بكيل ، والشعير بالشعير كيلا بكيل » رواه الاثرم في حديث عبادة ، ورواه أبوداود ولفظه « البر بالبر مدي بمدي ، والشعير بالشعير مدي بمدي ، والملح بالملح مدي بمدي ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ومشبه بهما ، ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ، ولأنه موزون من أموال الربا فأشبه الذهب والفضة ولان حقيقة الفضل مبطلة للبيع ولا نعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والاثمان ، اذا ثبت هذا فانه لا

الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿مسئلة﴾ (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا ولا ما أصله الوزن كيلا)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وان لم توجد لم يصح البيع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي واكثر اهل العلم. وقال مالك يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافا. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والبر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » رواه الاثرم عن عبادة ورواه أبو داود وفي لفظ « البر بالبر مداً بمد والشعير بالشعير مداً بمد فمن زاد أو ازداد فقد اربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات بالكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ولانه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ولان حقيقة الفضل مبطلة للبيع ولا يعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والاثمان

اذا ثبت هذا فانه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ولا بيع الموزون بالموزون كيلا لان التماثل في

يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ، ولا بيع الموزون بالموزون كيلا لان التماثل في الكيل مشترط في المكيل ، وفي الوزن في الموزون ، فمتى باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه ببعض جزافا ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل فلا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز اذا كانا من صنف واحد وذلك لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ، ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

(فصل) ومالا يشترط التماثل فيه كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا وهذا ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه مايكال بمنع بيعه بشيء من جنسه وزنا ، وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلا وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه ولا كيف هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب جماعة من أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل جزافا وبيع الموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم اكره ذلك. قال ابن أبي موسى لاخير فيما يكال بما يكال جزافا ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا اتفقت

الكيل مشترط في المكيل وفي الوزن في الموزون وقد عدمت ولانه متى باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف اكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وان لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه ببعض جزافا .وكذلك اذا باع الموزون بالموزون بالكيل لا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان ذلك لايجوز إذا كانا من صنف واحد لما روى مسلم عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب وزنا بوزن» الى تمام الحديث دليل على انه لايجوز بيعه الا كذلك ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع لحقيقة التفاضل

(مسئلة) قال (فان اختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا)

مالا يشترط فيه التماثل كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا

وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو قول اكثر العلماء قال ابن المنذر اجمع اهل العلم على ان بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا ندري كم كيل هذه ولا كم كيل هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب بعض أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره

الاجناس أو اختلفت، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة ولانه بيع مكيل بمكيل أشبه الجنس الواحد ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع) عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه ففيما عداه يجب البقاء على العموم ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا من الطرفين كالمكيل بالموزون . يحققه أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعا وحديثهم أراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض الفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر » ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون فنقيس عليه محل النزاع وما ذكر من القياس غير صحيح لان المكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة لفوات المماثلة المشروطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما لم يصح لما ذكرنا وان علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع والا فلا ، وان باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز بيع المكيل بالمكيل جزافا ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع . وان زادت احداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنعا فسخ البيع بينهما ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا وقسم الثمار خرصا وقسم مالا يجوز بيع بعضه ببعض لان القسمة افراز حق وليست بيعا ، ونقل عن ابن بطة مايدل على أنها بيع فيثبت فيها أحكام البيع ويمنع فيها ما ذكرناه لان كل جزء من ذلك مشترك بينهما فاذا تعين لكل واحد منهما حق فقد

ذلك قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافا ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا . اتفقت الاجناس أو اختلفت ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر قالوا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة وقياسا على الجنس الواحد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا كالمكيل بالموزون، يحققه أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يمنع وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، ولهذا جاء في بعض ألفاظه : نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر . ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فنقيس عليه محل النزاع والقياس لا يصح لان الجنس الواحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة لفوات المماثلة المشترطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى

(فصل) إذا قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد وقد علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع، وان زادت إحداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أورضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنع فسخ البيع بينهما ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه وللشافعي قولان كالمذهبين ، والظاهر أنها افراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها والاجبار عليها وأنها لا تفتقر الى لفظ بيع ولا تمليك ولا يدخلها خيار ولا تجوز الا بقدر الحقين ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم ،وتغاير الاحكام والاسماء دليل على اختلافهما ، وروي عن ابن عباس أنه قال قسمت الصحابة رضي الله عنهم الغنائم بالجحف وذلك كيل الأثمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم وانتشر في بقيتهم فلم ينكر فصار اجماعا على ماقلناه .

(فصل)في معرفة المكيل والموزون والمرجع في ذلك الى العرف بالحجاز في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبهذا قال الشافعي، وحكي عن أبي حنيفة أن الاعتبار في كل بلد بعادته ، ولنا ماروى عبدالله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة» والنبي صلى الله عليه وسلم انما يحمل كلامه على بيان الاحكام ولان ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم في تفاضل الكيل اليه فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون ، ومالا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء شبها به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه في موضعه فان لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه الى العرف كالقبض والاحراز والتفرق وهذا قول أبي حنيفة ،وعلى هذا ان اختلفت البلاد فالاعتبار بالغالب فان لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الاول ومذهب الشافعي على هذين الوجهين، فالبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم «البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والجص والنورة وما أشبهها. والتمر مكيل وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر ثمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار مثل الزبيب والفستق والبندق والعناب والمشمش والبطم والزيتون واللوز .والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام «الملح بالملح مدي بمدي» والذهب والفضة موزونان ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالحديد والنحاس والصفر والرصاص والزجاج والزئبق ومنه الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع وما أشبهه. وكذلك الزعفران والعصفر والورس وما أشبه ذلك

﴿مسئلة﴾ (والجنس ماله اسم خاص يشتمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح)

الجنس الشامل لاشياء مختلفة بانواعها، والنوع الشامل لاشياء مختلفة بأشخاصها، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة الى ماتحته والجنس نوعا بالنسبة الى مافوقه .والمراد ههنا الجنس الاخص والنوع الاخص فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص فهما جنس كانواع التمر وأنواع الحنطة وأنواع الشعير فالتمور كلها جنس وان كثرت أنواعها كالبرني والمعقلي وغيرهما وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ، وان اختلفت الانواع لما ذكرنا من قول النبي ﷺ « التمر بالتمر مثلا بمثل » الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ثم قال « فاذا اختلفت هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم »

(فصل) واختلفت الرواية في البر والشعير فظاهر المذهب أنهما جنسان وهو قول الثوري

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان أصلها مكيل ولم يوجد ما ينقلها عنه ولانهما يشبهان ما يكال ، وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلا وهو موزون كالخبز ولنا ما ذكرناه ولانه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق، وقد جاء في الحديث والصاع انما يقدر به المكيلات، وعلى هذا يكون الأقط مكيلا لأن في حديث صدقة الفطر صاع من أقط

(فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والخل والدبس ونحو ذلك فالظاهر أنها مكيلة قال القاضي في الادهان هي مكيلة ، وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزنا وذلك لان الماء مقدر بالصاع، ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع ، ويغتسل هو وبعض نسائه من الفرق، وهذه مكاييل قدر بها الماء وكذلك سائر المائعات وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضروع الانعام إلا بالكيل. رواه ابن ماجه، وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى ونحوها فهذه المعدودات اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر التماثل في الوزن لانه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل ، ولان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ومن شأن الفرع أن يرد إلى أصله بحكمه والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعها . ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله ، وانما اعتبر الكيل في المنصوص عليه لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

﴿مسئلة﴾ قال (والتمور كلها جنس وإن اختلفت أنواعها)

الجنس هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها، والنوع الشامل لاشياء مختلفة بأشخاصها، وقد يكون النوع جنسا بالنسبة إلى ما تحته نوعا بالنسبة إلى ما فوقه ، والمراد هنا الجنس الاخص والنوع الاخص فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الحنطة فالتمور كلها جنس واحد لان الاسم الخاص يجمعها وهو التمر وان كثرت أنواعه كالبرني والعقلي والابراهيمي والخاستوي

والشافعي وأصحاب الرأي وعنه أنهما جنس واحد » يروى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن ابن الاسود بن عبد يغوث والحكم وحماد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال : بعه ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع فلما جاء معمراً أخبره فقال معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن الا مثلا بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير . قيل فانه ليس بمثله قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ولان أحدهما يعتبر بالآخر فكانا كنوعي الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع

وغيرها ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل وإن اختلفت الأنواع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل» الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ، ثم قال «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم» وفي لفظ «فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» وفي لفظ «الا ما اختلفت ألوانه» ولا خلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الانواع واختلافها

(فصل) فان كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان كالادقة والاخباز والخلول والادهان ،وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ،وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل العنب جنس وحكي ذلك عن مالك لان الاسم الخاص يجمعهما، والصحيح أنهما جنسان لانهما من أصلين مختلفين فكانا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الشعير وما ذكر للرواية الاخرى منتقض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها، وكل نوع مبني على أصله فاذا كان شيان من أصلين فهما جنسان فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ،ودهن السمك والشيرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبزر أجناس ،وعسل النحل وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل وتمر الهند جنسان . وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس واحد وإن اختلفت مقاصدهما ،فدهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد ،وهذا الصحيح من مذهب الشافعي وله قول آخر لا يجري الربا فيها لانها لا تقصد للاكل ،وقال أبو حنيفة هي أجناس لان مقاصدها مختلفة . ولنا أنها كلها شيرج وانما طيبت بهذه الرياحين فنسبت اليها فلم تصر أجناسا كما لو طيب سائر أنواع الاجناس،وقولهم لا تقصد الرياحين للاكل قلنا هي صالحة للاكل وانما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره وقولهم انها أجناس لا يصح لانها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنساً كانواع التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وغيره وهما جنسان ، واللبن يشتمل على المخيض والزبد وهما جنسان فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد فاذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصليين

(فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلا بكيل بغير خلاف وسواء تساويا في الجودة والرداءة وفي كونهما ينكبسان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لاحمد ساع تمر بصاع تمر وأحد التمرين يدخل في المكيال منه اكثر ، فقال انما هو صاع بصاع وذلك لقول النبي

البر بالشعير والشعير بالبر هما يداً بيد وأما نسيئة فلا – وفي لفظ – فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح لا يجوز تركه بغير معارض مثله وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو نسيئة فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه وفعل معمر وقوله لا يعارض به فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقياسهم منقوض بالذهب والفضة

﴿ مسئلة ﴾ (وفروع الاجناس أجناس كالادقة والاخباز والادهان)

اذا كان المشتركان في الاسم الخاص من جنسين فهما جنسان كالادقة والاخباز والخلول والادهان وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل

صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدي بمدي - ثم قال - من زاد أو ازداد فقد أربى» فان كان في كل واحد منهما نواه جاز بيعه متساويا بغير خلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أن التمر يكون فيه النوى وإن نزع من كل واحد منهما نواه جاز أيضاً، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لانهما لم يتساويا في حال الكمال ولانه يتجافى في المكيال

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدي بمدي» ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كما لو كان في كل واحد منهما نواه ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا لذلك، واذا باع تمراً منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجز لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر، وان نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز لانه زالت التبعية بنزعه فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز متفاضلا ومتساويا لانهما جنسان، وان باع النوى بتمر نواه فيه فعلى روايتين منع منه في رواية مهنا وأحمد بن القاسم لان في التمر نوى فيصير كمد عجوة، وكذلك باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى وأجاز ذلك في رواية ابن منصور، ولان النوى في التمر غير مقصود ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه وصار هذا كبيع دار مموه سقفها بالذهب بذهب فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لان النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بمنزوع النوى

(فصل) ويصنع من التمر الدبس والخل والناطف والقطارة ولا يجوز بيع التمر بشيء منها لان مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معها شيئاً مقصوداً من جنسها فينزل منزلة مد عجوة، ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساويا، قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا وذلك لان الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه، ولا يباع نوع بنوع آخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي إلى التفاضل

(فصل) والعنب كالتمر في ما ذكرناه إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض

﴿مسئلة﴾ قال (والبر والشعير جنسان)

هذا هو المذهب وبه يقول الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وعن أحمد أنهما جنس واحد وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبدالرحمن بن الاسود بن عبد يغوث وابن

العنب جنس وحكي أيضاً عن مالك لان الاسم الخاص يجمعهما. والصحيح الاول لانهما من جنسين مختلفين فكانا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الدخن وما ذكر للرواية الاخرى منقوض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها، فكل فرع مبني على أصله فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ودهن السمك والشيرج والجوز واللوز والبزر أجناس، وعسل النحل وعسل القصب جنسان وتمر النخل وتمر الهند جنسان، وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس وان اختلفت مقاصدهما، فدهن الورد والبنفسج والزئبق والياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد وهذا الصحيح من مذهب الشافعي، وله قول آخر لا يجري الربا فيها لانها لا تقصد للاكل، وقال أبو حنيفة هي أجناس لاختلاف

معيقيب الدوسي والحكم وحماد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبدالله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال بعه ثم اشتر به شعيراً فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمراً أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن إلا مثلا بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل فانه ليس بمثله قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ، ولان أحدهما يغش بالآخر فكانا كنوعي الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع البر بالشعير، والشعير أكثرهما يداً بيد واما نسيئة فلا » وفي لفظ « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولانهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً كالتمر والحنطة ولانهما مسميان في الاصناف الستة فكانا جنسين كسائرها ، وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ، ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه، وفعل معمر وقوله لا يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وقياسهم ينتقض بالذهب والفضة

(فصل) في الحنطة وفروعها . وفروعها نوعان (أحدهما) ماليس فيه غيره كالدقيق والسويق (والثاني) مافيه غيره كالخبز والهريسة والفالوذج والنشاء وأشباهها . ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها وهي ثلاثة أقسام (أحدها)السويق فلا يجوز بيعه بالحنطة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا . ولنا أنه بيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلا فلم يجز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل إلى التماثل لان النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر فأشبهت المقلية (القسم الثاني) ما معه غيره فلا يجوز بيعها به أيضاً ، وقال أصحاب أبي حنيفة يجوز ذلك بناء على مسئلة مد عجوة وسنذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى (القسم الثالث) الدقيق فلا يجوز بيعها به في الصحيح وهو مذهب سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والثوري وأبي حنيفة ومكحول وهو المشهور عن الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه جائز وبهذا قال ربيعة ومالك وحكي ذلك عن النخعي وقتادة وابن شبرمة واسحاق وأبي ثور لان الدقيق نفس الحنطة وانما تكسرت أجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح ، فعلى هذا انما تباع الحنطة بالدقيق وزناً لانها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت فتأخذ من المكيال مكانا كبيراً والحنطة تأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوي بينهما وبهذا قال اسحاق

مقاصدها . ولنا أنها كلها شيرج وانما طيبت بهذه الرياحين فنسبت اليها فلم تصر أجناسا كما لو طيب سائر أنواع الاجناس ، وقولهم لا تقصد للاكل قلنا هي صالحة للاكل وانما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره ، وقولهم انها أجناس لا يصح لانها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنسا كأنواع التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وغيره وهما جنسان واللبن يشتمل على المخيض والزبد وهما جنسان فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد فاذا ميز احدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصلين

ولنا أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلا فحرم كبيع مكيلة بمكيلتين وذلك لان الطحن قد فرق أجزاءها فيحصل في مكيالها دون مايحصل فى مكيال الحنطة، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ولذلك لم يجز بيع بعضها ببعض جزافا وتساويهما في الوزن لايلزم منه التساوي في الكيل ، والحنطة والدقيق مكيلان لان الاصل الكيل ولم يوجد ماينقل عنه ، ولان الدقيق يشبه المكيلات فكان مكيلا كالحنطة ، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوي بين المكيل والموزون لان المكيل لايقدر بالوزن كما لايقدر الموزون بالكيل

(فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور عن الشافعي المنع من ذلك لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال وهو حال كونها حنطة وقد فات ذلك لان أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حنطة . ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لاينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر . اذا ثبت هذا فانما يباع بعضه ببعض كيلا لان الحنطة مكيلة ولم يوجد فى الدقيق والسويق ماينقلهما عن ذلك ويشترط أن يتساويا في النعومة ذكره أبو بكر وغيره من أصحابنا وهو مذهب أبي حنيفة لأنهما اذا تفاوتا في النعومة تفاوتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحنطة بالدقيق، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح أنه لايجوز وهو مذهب الشافعي ، وروي عن أحمد أنه يجوز لان كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره فأشبه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيع بعضه ببعض كالمقلية بالنيئة وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا لانهما جنسان، ولنا أنهما اجزاء جنس واحد فلم يجز التفاضل بينهما كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق .

(فصل) فأما مافيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان (أحدهما) أن يكون مافيه من غيره غير مقصود في نفسه انما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة، ويعتبر التساوي في الوزن لانه يقدر به في العادة ولا يمكن كيله ، وقال مالك اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن به قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعي لايجوز بيع بعضه ببعض بحال الا أن ييبس ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لانه مكيل يجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولان في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه به كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرها ، ولنا على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون فحرم التفاضل فيهما كاللحم واللبن ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي

(فصل) واللحم أجناس باختلاف أصوله ، وكذلك اللبن وعنه جنس واحد وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس لحم الانعام ولحم الوحش ولحم الطير ولحم دواب الماء)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في اللحم فروي عنه انه جنس واحد وهذا الذي ذكره الخرقي وهو قول ابي ثور وأحد قولي الشافعي وانكر القاضي ابو يعلى كون هذه رواية عن احمد، وقال الانعام والوحش والطير ودواب الماء اجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وانما في اللحم روايتان (احداهما) انه اربعة اجناس كما

في المعيار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق . ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله غير موزون كاللحم والادهان، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فاشبه الرطب بالتمر، ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة ولا يلزم مافيه من الملح والماء لان ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج وان يبس الخبز فدق وجعل فتيتا بيع بمثله كيلا لانه أمكن كيله فرد الى اصله ، وقال ابن عقيل فيه وجه آخر أنه يباع بالوزن لانه انتقل اليه (النوع الثاني) مافيه غيره مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالوذج وخبز الابازير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض ولا بيع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ماليس من جنسه وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعسل في الفالوذج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه واذا لم يمكن التماثل في النوع الوحد ففي النوعين أولى

(فصل) والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وسائر اللحمان جنس واحد)

أراد جميع اللحم وجمعه - وهو اسم جنس - لاختلاف أنواعه . ظاهر كلام الخرقي أن اللحم كله جنس واحد وذكره ابو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن احمد وقال الانعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وانما في اللحم روايتان (احداهما) أنه أربعة اجناس كما ذكرنا وهو مذهب مالك الا أنه يجعل الانعام والوحش جنسا واحدا فيكون عنده ثلاثة أصناف (والثانية) أنه اجناس باختلاف أصوله ، وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والاخباز وهذا اختيار ابن عقيل ، واختار القاضي أنها أربعة أجناس وحمل كلام الخرقي عليها ، واحتج بان لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد الى أكلها فكانت أجناسا وهذا ضعيف جدا لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه ولا يصح حمل كلام الخرقي عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه في الايمان بانه اذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الانعام أو الطائر أو السمك حنث فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس لانه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحداً كالطلع ، والصحيح أنه أجناس

ذكرناه وهو مذهب مالك الا أنه يحتمل أن الانعام والوحش جنس واحد فيكون عنده ثلاثة أصناف وروي عنه أنه اجناس باختلاف أصوله وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والاخباز وهذا اختيار ابن عقيل، وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس على ما ذكرناه ، وهذا اختيار القاضي واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها فكانت أجناسا (قال شيخنا) وهذا ضعيف لان كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة

باختلاف أصوله وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر البرني وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيها وعرابها ،والبقر عرابها وجواميسها صنف، والغنم ضأنها ومعزها صنف ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الازواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر فقال (ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف وكل ماله اسم يخصه فهو صنف والطيور أصناف كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومماثلا ويباع بصفة مماثلا ومن جعلها صنفا واحدا لم يجز عنده بيع لحم بلحم الا مماثلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا ويجوز اذا تناهى جفافه مثلا بمثل)

اختار الخرقي أنه لا يباع بعضه ببعض الا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها وهو مذهب الشافعي وذهب أبو حفص في شرحه الى هذا ،قال القاضي والمذهب جواز بيعه ونص عليه ، وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ينبه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ولانه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد احدهما بالنقص فجاز كبيع اللبن باللبن، فأما بيع رطبه بيابسه أو نيئه بمطبوخه أو مشويه فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر

(فصل) قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض الا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بالعسل الا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن مثلا بمثل رطلا برطل فاطلق ولم يشترط شيئا وذلك لان العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزعه كالنوى في التمر وفارق العسل من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل لا من أصل الخلقة

(فصل) واللحم والشحم جنسان والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمخ صنف ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلا ، وقال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك الا أن يتماثلا ، وظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة وان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وان كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون

أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه ، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله ، ووجه قول الخرقي أنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنساً واحداً كالطلع ، والصحيح ما ذكرنا وما ذكره من الدليل منتقض بعسل النحل وعسل القصب وغير ذلك ، فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيها وعرابها ،والبقر عرابها وجواميسها صنف،والغنم ضأنها ومعزها جنس . ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الازواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر فقال (ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها

مع اللحم لحم عنده فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم ،وذكر القاضي أن اللحم الابيض الذي على ظاهر اللحم الاحمر هو والاحمر جنس واحدوان الاليةوالشحم جنسان وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا لقوله ان اللحم لايخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم فعلى قوله كل ابيض في الحيوان يذوب بالاذبة ويصير دهنا فهو جنس واحد وهذا أصح لقوله تعالى (حرمنا عليهم شحومهما الا ماحملت ظهورهما) فاستثنى ماحملت الظهور من الشحم ولانه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده فكان شحما كالذي في البطن

(فصل)وفي اللبن روايتان (احداهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (والثانية) هو اجناس باختلاف اصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وبه قال مالك لان الانعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملهما وليس بصحيح لان لحمها جنسان فكان لبنها جنسين كالابل والبقر ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يداً بيد وبجنسه متماثلا كيلا ، قال القاضي هو مكيل لا يباع الا بالكيل لانه العادة فيه ولا فرق بين أن يكونا حليبين أوحامضين أو أحدهما حليب والآخر حامض لان تغير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لان معه من غير جنسه لغير مصلحته

(فصل) ويتفرع من اللبن قسمان ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والمخيض واللبأ وما فيه غيره وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لانه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالحيوان باللحم والسمسم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا . قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيئين اذا دخلهما الربا لم يجز بيع احدهما بالآخر ومعه من غير

صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف، وكل ماله اسم يخصه فهو صنف، والطير أصناف، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف، فيجوز أن يباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا ويباع بصفة متماثلا ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز بيع لحم بلحم متماثلا

(فصل) وفى اللبن روايتان (إحداهما) هو جنس واحد لما ذكرنا فى اللحم (والثانية) هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك لبن الانعام كلها جنس واحد

وقال ابن عقيل لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملها ولا يصح لان لحمهما جنسان فكان لبنهما جنسين كالابل والبقر ، ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يدا بيد وبجنسه متماثلا كيلا، ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين أو أحدهما حليبا والآخر حامضا لان تغير الصفة لايمنع جواز البيع كالجودة والرداءة، وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه وسنذكر ذلك

﴿مسئلة﴾ (واللحم والشحم والكبد أجناس)

اللحم والشحم جنسان ، والكبد جنس والطحال جنس والقلب جنس والمخ جنس ويجوز بيع جنس بجنس آخر متفاضلا ، وقال القاضي لايجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك الا ان يتماثلا وظاهر المذهب اباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانهما جنسان فجاز التفاضل

جنسه كمدعجوة ودرهم بمدين ، والصحيح أن هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسئلة مدعجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكنها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالمخيض الذي فيه زبده فلا يجوز نص عليه أحمد فقال اللبن بالمخيض لا خير فيه. ويتخرج الجواز كالتي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا لانه لبن بلبن وان مسته النار لم يجز ، وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء احدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي ، وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكامخ ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لأنه مختلط بغيره فهو كمسئلة مدعجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره الا أن ذلك الغير لمصلحته فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض اذا تساويا في النشافة والرطوبة فيبيع المخيض بالمخيض واللبأ باللبأ والجبن بالجبن والمصل بالمصل والاقط بالاقط والزبد بالزبد والسمن بالسمن متساويا ، ويعتبر التساوي بين الاقط بالاقط بالكيل لانه قدر بالصاع في صدقة الفطر وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والمخيض ، ويباع الخبز بالخبز بالوزن لانه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز (١) وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ، ويحتمل كلام الخرقي ان لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والمخيض فظاهر المذهب أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض متماثلا ومتفاضلا لأنهما جنسان وذلك لانهما شيئان من أصل واحد أشبها اللحم بالشحم ، وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري والشافعي واسحاق ولان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فأشبه الملح في الشيرج ، وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلو السمن من المخيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبنا يسيرا ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولانه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي ، وقال القاضي عندي يجوز لان اللبن في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله وهذا لا يصح لان التماثل واجب بينهما وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعه به كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر فأشبه الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وكل رطب بيابس من جنسه ، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لان هذه الانواع لم ينتزع منها شيء فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها ، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز مع رطوبتهما

(١) كذا في الاصل

فيهما كالذهب والفضة ، فان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع ذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون مع اللحم عنده لحم فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن الابيض الذي في ظاهر اللحم الاحمر هو والاحمر جنس واحد وان الالية والشحم جنسان ، وظاهر كلام الخرقي أن كل ما هو أبيض فى الحيوان يذوب بالاذابة ويصير دهنا فهو جنس واحد (قال شيخنا) وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقوله سبحانه (حرمنا

أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وان كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً لان الجبن موزون والاقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالخبز بالدقيق ويحتمل الجواز اذا تماثلا كبيع الخبز بالخبز

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول

عليهم شحومها الا ماحملت ظهورها) فاستثنى ماحملت الظهور من الشحم ، ولانه يشبه الشحم في لونه وذوبه ومقصده فكان شحما كالذي في البطن

﴿مسئلة﴾ (ولايجوز بيع لحم بحيوان من جنسه وفى بيعه بغير جنسه وجهان)

لايختلف المذهب أنه لايجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهومذهب مالك والشافعي وقول الفقهاء السبعة وحكي عن مالك أنه لايجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا لانه باع مال الربا بما لاربا فيه أشبه بيع الحيوان بالدراهم أو بلحم من غير جنسه

ولنا ماروي عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان ،قال ابن عبدالبر هذا احسن اسانيده، وورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت ذكره الامام أحمد ،وروى ابن عباس أن جزوراً نحرت فجاء رجل بعناق فقال أعطوني جزءاً بهذا العناق قال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لابي بكر في ذلك . وقال أبو الزناد كل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولان اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج وبهذا فارق ماقاسوا عليه ،فاما بيعه بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لايجوز لما ذكرنا من الاحاديث واختار القاضي جوازه وللشافعي فيه قولان ، واحتج من أجازه بان مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كما لو باعه بالأثمان،والظاهر أن الاختلاف مبني على الاختلاف في اللحم،فان قلنا بانه جنس واحد لم يجز ، وان قلنا انه أجناس جاز بيعه بغير جنسه لما ذكرنا فان باعه بحيوان غير مأكول جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

﴿مسئلة﴾ (ولايجوز بيع حب بدقيقه ولا بسويقه في أصح الروايتين)

لايجوز بيع الحب بالدقيق في الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد ومكحول والثوري وأبي حنيفة وهو المشهور عن الشافعي وعن أحمد أنه جائز ،وبه قال ربيعة ومالك وحكي عن النخعي وقتادة وابن شبرمة واسحاق وأبي ثور لان الدقيق نفس الحنطة وانما تكسرت اجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح فعلى هذا انما يباع الحب وزنا لان اجزاءه قد تفرقت بالطحن وانتشرت فيأخذ من المكيال مكانا كبيراً والحب يأخذ مكانا صغيرا والوزن يسوي بينهما وبهذا قال اسحاق

ولنا أن بيع الحب بالدقيق بيع مال الربا بجنسه متفاضلا فحرم كبيع مكيلة بمكيلتين وذلك لان الطحن قد فرق أجزاءه فيحصل في مكياله دون ما يحصل في مكيال الحب ، وان لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ، ولذلك لم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً والتساوي في الوزن لايلزم منه التساوي في الكيل ، والحب والدقيق مكيلان لان الاصل الكيل ولم

فقهاء المدينة السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا لانه باع مال الربا بما لا ربا فيه أشبه بيع اللحم بالدراهم أو بلحم من غير جنسه ولنا ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم

يوجد ما ينقل عنه ثم لو ثبت أن الدقيق كان موزونا لم يتحقق التماثل لان المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل

(فصل) ولا يجوز بيع الحب بالسويق ، وبه قال الشافعي وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا . ولنا أنه بيع الحب ببعض أجزائه متفاضلا فلم يجز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل الى التماثل لان النار قد اخذت من احدهما دون الآخر فأشبهت المقلية بالنيئة ، فأما الخبز والهريسة والفالوذج والنشاء وأشباهها فلا يجوز بيعه بالحنطة ، وقال اصحاب أبي حنيفة يجوز بناء على مسئلة مد عجوة وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى ، ويجوز بيع الحب بالدقيق من غير جنسه والخبز وغير ذلك لعدم اشتراط المماثلة بينهما ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز بيع سويق الشعير بالبر في رواية وذلك مبني على ان البر والشعير جنس واحد وقد ذكرناه

(مسئلة) (ولا يجوز بيع أصله بعصيره ولا خالصه بمشوبه ولا رطبه بيابسه ولا نيئه بمطبوخه)

لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وقال ابن المنذر وقال أبو ثور يجوز ، وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم أن ما في الاصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وان لم يعلم لم يجز ، ولنا أنه مال بيع بأصله الذي هو منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن بالزبد ولا بالسمن ولا بشيء من فروعه كاللبأ والمخيض وسواء كان فيه من غيره أولا لانه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد انه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا ، قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيئين اذا دخلهما الربا لم يجز بيع احدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة ، والصحيح ان هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسئلة مد عجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكونها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالمخيض فلا يجوز نص عليه احمد ويتخرج الجواز كالتي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا لانه لبن بلبن؟ وان مسته النار لم يجز، وذكر القاضي وجهاً أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع الخالص بالمشوب كحنطة فيها شعير أو زوان بخالصة أو غير خالصة أو لبن مشوب بخالص أو مشوب أو اللبن بالكشك أو الكامخ، ويتخرج الجواز اذا كان اللبن أكثر من اللبن الذي في الكشك والكامخ بناء علي مد عجوة ، ولا يجوز بيع العسل في شمعه بمثله فان كان

عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال ابن عبد البر هذا أحسن أسانيده وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يباع حي بميت ذكره الامام أحمد، وروي عن ابن عباس أن جزوراً نحرت فجاء رجل بعناق فقال اعطوني جزأ بهذا العناق فقال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك، وقال أبو الزناد

الخلط يسيرا كحبات الشعير ويسير التراب والزوان الذي لا يظهر في الكيل لم يمنع لأنه لا يخل بالتماثل ولا يجوز بيع التمر بالدبس والخل والناطف والقطارة لان بعضها معه من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معهما شيئا مقصوداً من غير جنسهما فهو كمد عجوة والعنب كالتمر فيما ذكرناه

(فصل) ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب كالكشك والكامخ ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر كمسئلة مد عجوة ولا يجوز نيئه بمطبوخه كالخبز بالعجين والحنطة المقلية بالنيئة لانه لا يحصل التماثل لان النار ذهبت ببعض رطوبتها وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع نوع بنوع آخر إذا لم يكن فيه منه فيجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالمخيض في ظاهر المذهب متماثلا ومتفاضلا لانهما جنسان من اصل واحد اشبها اللحم والشحم، وممن اجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري والشافعي واسحاق لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فلم يمنع كالملح في الشيرج، وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلوه من اللبن المخيض، ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولانه من الزبد فلم يجز بيعه كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي، واختار القاضي جوازه لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولهذا جاز بيع الزبد بالمخيض ولا يصح ذلك لان التماثل شرط وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز البيع كتمر منزوع النوى بما نواه فيه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر أشبه الرطب بالتمر وكل رطب بيابس من جنسه، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لأن هذه الانواع لم ينزع منها شيء فهي كاللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها به كبيع اللبن بها، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز بيع رطوبتهما أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وان كانا يابسين احتمل المنع لان الجبن موزون والاقط مكيل فأشبه بيع الخبز بالدقيق، ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الجبن بالجبن

(فصل) ولا يجوز بيع رطب بيابس كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة والمقلية بالنيئة ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه اما أن يكونا جنساً فيجوز متماثلا لقول النبي ﷺ « التمر بالتمر مثلا بمثل » أو يكونا جنسين فيجوز لقوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد »

ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً متفق عليهما، وعن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر قال « أينقص الرطب اذا يبس؟» قالوا نعم. فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه، وفي رواية الاثرم قال « فلا اذن » نهي وعلل بأنه ينقص اذا يبس، وروى مالك عن

وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولان اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ماقاسوا عليه، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا يجوز فان أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي

نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا ولانه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز كبيع المقلية بالنيئة ، ولا يلزم الحديث بالعتيق لان التفاوت يسير. قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر ، وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الامر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لا يروي عن متروك الحديث

﴿مسألة﴾ (يجوز بيع دقيقه بدقيقه إذ استويا في النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه)

يجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة والمشهور عن الشافعي المنع لانه يعتبر تساويهما حالة الكمال وهو حال كونهما حباً وقد فات ذلك لان أحد الدقيقين يكون من حنطة رزينة والآخر من خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حبا

ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر. إذا ثبت هذا فانه يباع بعضه ببعض كيلا لان الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ويشترط تساويهما في النعومة ذكره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لانهما إذا تفاوتا في النعومة تفاوتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحب بالدقيق وزنا ، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزناً ولاوجه له ،وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله

(فصل) ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق وبه قال الشافعي وعنه الجواز لان كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره أشبه السويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من السويق فلم يجز بيعه بالدقيق كالمقلية بالنيئة ، وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور جواز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنسان ، ولنا أنهما أجزاء جنس واحد فأشبه بيع أحدهما بجنسه

(فصل) ويجوز بيع مطبوخه بمطبوخه كاللبأ بمثله والجبن بالجبن والاقط بالاقط والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوي بين الاقط والاقط بالكيل ، ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويباع الجبن بالجبن بالوزن لانه لا يمكن كيله أشبه الخبز ، وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل كالشيرج

(فصل) ويجوز بيع الخبز بالخبز وزنا وكذلك النشاء بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوي في الوزن لانه يقدر به عادة ولا يمكن كيله ، وقال مالك اذا تحرى المماثلة فلا بأس وان لم يوزن وبه قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال الا أن ييبس ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لانه مكيل ،

بيت واختار القاضي جوازه ، وللشافعي فيه قولان . واحتج من منعه بعموم الاخبار وبان اللحم كله جنس واحد. ومن أجازه قال مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كما لو باعه بالأثمان وان باعه بحيوان غير مأكول اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

ويجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولان في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرها

ولنا على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون فحرم التفاضل بينهما كاللحم واللبن ، ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي في المعيار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق. ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله مكيل كالادهان، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فأشبه الرطب بالتمر ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة وما فيه من الملح والماء غير مقصود ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج فان يبس الخبز ودق وصار فتيتا بيع بمثله كيلا لأنه أمكن كيله فرد الى أصله . وقال ابن عقيل فيه وجه أنه يباع بالوزن لانه انتقل اليه

(فصل) فاما ما فيه غيره من فروع الحنطة مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالوذج وخبز الابازير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض ولا بيع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه ، وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعسل في الفالوذج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه ، وحكم سائر الحبوب حكم الحنطة فيما ذكرنا، ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما

(فصل) ويجوز بيع العصير بجنسه متماثلا ومتفاضلا بغير جنسه وكيف شاء لانهما جنسان ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لانه يقدر به ويباع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لان النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل

ولنا أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبه النيء بالنيء ، فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لان أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال أشبه الرطب بالتمر ، وقد ذكرناه وان باع عصير شيء من ذلك بثفله فان كان فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثفله الذي فيه بقية من الزيت الا على قولنا بجواز مد عجوة وان لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلا لانهما جنسان

(فصل) ويجوز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله في قول الاكثرين ومنع منه الشافعي فيما ييبس، فأما ما لا ييبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لانه لا يعلم تساويهما حالة الادخار فأشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري الى هذا وقال ويحتمله كلام الخرقي لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا قال شيخنا ومفهوم كلام الخرقي اباحته ههنا لانه قال : ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه مفهومه جواز الرطب بالرطب

ولنا أن نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر يدل بمفهومه على اباحة بيع كل واحد منهما بمثله

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وابن المنذر. وقال أبو ثور يجوز لان الاصل مختلف والمعنى

ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فيبقى على العموم، وقياسهم لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالنقصان بخلاف مسئلتنا، ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت فيه يسير ولا يمكن ضبطه فعفي عنه

(فصل) ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساويا قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا لأن الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ولا يباع نوع بالآخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي الى التفاضل، والعنب كالتمر إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد أحدهما بما ليس من جنسه، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كخل العنب وخل التمر

(فصل) ويجوز بيع اللحم باللحم رطبا نص عليه، وقال الخرقي لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا اذا تناهى جفافه وهذا مذهب الشافعي واختاره ابو حفص العكبري في شرحه، قال القاضي والمذهب جواز بيعه، ونص أحمد على جواز بيع الرطب بالرطب ينبه على اباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى، فأما بيع رطبه بيابسه ونيئه بمطبوخه فلا يجوز لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلم يجز كالرطب بالتمر، قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بمثله إلا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة مطلقاً فانه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن رطلا برطل مثلا بمثل فأطلق ولم يشترط شيئا ولان العظم تابع للحم بأصل الخلقة فأشبه النوى في التمر وفارق العسل في ان اختلاط الشمع به من فعل النحل لا من أصل الخلقة

(مسئلة) (ولا يجوز بيع المحاقلة وهو بيع الحب في سنبله بجنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان)

وذلك لما روى البخاري عن أنس قال نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة. والمخاضرة بيع الزرع الاخضر والمحاقلة بيع الزرع في الحقول بحب من جنسه، قال جابر: المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة، وقال الازهري الحقل القراح المزروع وفسره أبو سعيد باستكراء الارض بالحنطة ولانه بيع الحب بجنسه جزافا من أحد الجانبين فلم يجز كالو كانا على الارض فأما بيعه بغير جنسه فان كان بدراهم أو دنانير جاز لان نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد يدل على جوازه اذا اشتد وهذا أحد قولي الشافعي، وإن باعه بحب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم «اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد» (والثاني) لا يجوز لعموم الحديث المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز بيع المزابنة وهو بيع الرطب في رءوس النخل بالتمر إلا في العرايا وهي

مختلف. وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الاصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وان لم يعلم لم يجز ولنا أنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

(فصل) فأما بيع شيء من هذه المعتصرات بجنسه فيجوز متماثلا ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلا

بيع الرطب في رءوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلا فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة الى أكل الرطب ولا ثمن معه)

لا يجوز بيع المزابنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة وهو بيع الرطب بالتمر متفق عليه. وروى البخاري عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، فأما العرايا فيجوز في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك في أهل المدينة والاوزاعي في أهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ولانه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الارض

ولنا ما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة اوسق متفق عليه ، ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حثمة وغيرهما وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه ، وهذه زيادة يجب الاخذ بها ولو قدر التعارض وجب تقديم حديثنا لخصوصه جمعاً بين الحديثين وعملا بكلا النصين . قال ابن المنذر الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى، والقياس لا يصار إليه مع النص مع أن في الحديث انه أرخص في العرايا ، والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر ، فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

﴿فصل﴾ وانما يجوز بشروط خمسة (أحدها) أن يكون فيما دون خمسة أوسق في ظاهر المذهب ولا خلاف في أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق وانما تجوز فيما نقص عن خمسة أوسق عند القائلين بجوازها. فاما الخمسة الاوسق فظاهر المذهب أنه لا يجوز فيها وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه ، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد لان في حديث زيد وسهل أنه أرخص في العرايا مطلقا ثم استثنى ما زاد على الخمسة وشك الراوي في الخمسة فبقي المشكوك فيه على أصل الاباحة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة . والمزابنة بيع الرطب بالتمر ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولان العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت إباحتها مع الشك ، وروى ابن المنذر باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والاربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر ولان خمسة الاوسق في حكم مازاد عليها في وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها فأما قولهم أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا

وكيف شاء لأنهما جنسان ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل، ولنا أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبه

(فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي يجوز للانسان بيع جميع حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد ولان كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع، ولنا عموم النهي عن المزابنة استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولان ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعا واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الارض وكالجمع بين الاختين.

(فصل) (١) ولا تعتبر حاجة البائع فلو باع رجل عرية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري

ولنا أن المغلب في التجويز حاجة المشتري بدليل ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع الى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولانا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع الى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الارفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة. فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وان اشترى عريتين أو باعها وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجها واحداً

(الثاني) أن يكون مشتريها محتاجا الى أكلها رطباً ولا يجوز بيعها لغني وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر أنها تباح مطلقا لكل أحد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البيوع ولان حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت الذي ذكرناه وإذا خولف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ولا يلزم من اباحته للحاجة اباحته مع عدمها كالزكاة للمساكين فعلى هذا متى كان المشتري غير محتاج الى اكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر، ولو باعها لواهبها تحرزاً من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك أو لغيره لم يجز وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجا إلى أكلها

ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولان في حديث زيد وسهل يأكلها أهلها رطباً ولو جازت لتخليص المعري لما شرط ذلك (الثالث) أن لا يكون للمشتري نقد يشتري به للخبر المذكور (الرابع) أن يشتريها بخرصها من التمر ويجب أن يكون التمر الذي يشترى به معلوما بالكيل ولا يجوز جزافا لا نعلم خلافا في هذا عند من أباح بيع العرايا لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا متفق عليه، ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً ،إذا ثبت ذلك فمعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الخارص الى العرية فينظر كم يجيء منها تمراً فيشتريها المشتري بمثله تمراً ، وبهذا قال الشافعي ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطباً ويعطي تمراً وهذا يحتمل الاول ، ويحتمل أنه يشتريها بمثل الرطب الذي عليها لانه بيع

(١) كذا في الاصل وكان المناسب ان يذكر هذا الفصل عقيب الشرط الثاني ولا ندري ان كان هذا الوضع من المصنف أو من النساخ

النيء بالنيء فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لان أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال فلم يجز بيعه به كالرطب بالتمر. وان باع عصير شيء من ذلك بثفله فان كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثفله الذي فيه بقية من الزيت الا على الرواية

اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولان الاصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف في الاصل في بيع الرطب بالتمر فبقي فيما عداه على قضية الدليل . قال القاضي والاول أصح لانه ينبني على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصه تمراً ولان المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمراً يفضي إلى فوات ذلك ، فأما ان اشتراها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي والثاني يجوز والثالث لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه ماروى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أوالتمر ولم يرخص في غير ذلك ، ولانه إذا جاز بيعها بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ماروى مسلم باسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً، وعن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال « ذلك الربا تلك المزابنة » الا أنه أرخص في العرية النخلة أوالنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصهما تمراً يأكلونها رطباً ولانه مبيع يجب فيه مثله تمراً فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف ، ولان من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ماعنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ماأسلفناه وحديث ابن يحيي شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل مع الشك سيما وهذه الاحاديث تثبته وتزيل الشك

(الخامس) التقابض في المجلس وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع مما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا، والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله وفي الثمر التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعا إلى النخيل فسلمه إلى مشتريه ثم مضيا الى التمر فسلمه البائع أو تسلم التمر أولا ثم مضيا الى النخل فسلمه جاز لان التفرق لم يحصل قبل القبض. إذا ثبت هذا فان بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا ويصفه الثاني أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا ، او بعتك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا فان باعه بمعين فقبضه بنقله واخذه وان باعه بموصوف فقبضه بكيله

﴿مسئلة﴾ (فيعطيه من التمر مثل مايؤول اليه مافي النخل عند الجفاف وعنه يعطيه مثل رطبه وقد ذكرناه)

(فصل) ولا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائعها ، وبه قال الشافعي وظاهر قول الخرقي انه شرط ،وقال الاثرم سمعت احمد يسئل عن تفسير العرايا فقال: العرايا ان يعري الرجل الجار اوالقرابة للحاجة والمسكنة فللمعرى ان يبيعها ممن شاء، وقال مالك بيع العرايا الجائز هو ان يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى حائطه لانه ربما كان مع اهله في الحائط

التي يجوز فيها مسئلة مدعجوة فان لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلا لأنهما جنسان

(فصل) وان باع شيئاً فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد

فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه، واحتجوا بأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال ابو عبيد الاعراء أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال شاعر الانصار :

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول انا نعريها الناس، فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لغة ومقتضاه في العربية ما لم يوجد مايصرفه عن ذلك .ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لان لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخل الكثير يعريه الناس أنه لا يعجز عن أداء ثمن العرية. وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فمتى وجد ذلك جاز البيع ،ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ماجاز بيعه لواهبه اذا كان موهوبا جاز وان لم يكن موهوبا كسائر الاموال وما جاز بيعه لواهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وافراده بالبيع

(مسئلة) (ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين)

لا يجوز بيع العرية في غير النخيل اختاره أبو حامد وهو قول الليث إلا تكون ثمرته مما لايجري فيه الربا فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها ، وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهوقول مالك والاوزاعي قياساً على ثمرة النخيل ، ، ويحتمل أن يجوز في العنب دون غيرهما وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيه وجواز خرصه وتوسيقه وكثرة يابسه واقتنائـه في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبه ، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرهما لاختلافهما في أكثر هذه المعاني فانه لا يمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستتارها بالاوراق ولا يقتات يابسها فلا يحتاج إلى الشراء به ، ووجه الاولى أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالثمرة إلا أصحاب العرايا فانه أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب وكل ثمر بخرصه وهـذا حـديث حسن رواه الترمذي وهو يدل على تخصيص العرية بالتمر فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ـ والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ـ وعن كل ثمر بخرصه ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العرية وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين (أحـدهما) أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لأهل المدينة ، وانما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً وقياسهم يخالف نصوصاً غير مخصوصة ، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى عن بيع العنب بالزبيب لم يدل على تخصيص فيقاس عليه وكذلك سائر الثمار

(مسئلة) (ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما

ودرهم أو بمدين أو بدرهمين، أو باع شيئاً محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى «مسألة مد عجوة» والمذهب انه لا يجوز ذلك نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها لا يجوز قولا واحداً وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه فان مهنا نقل عن أحمد في بيع الزبد باللبن يجوز اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن، وروى حرب قال قلت لاحمد دفعت ديناراً كوفيا ودرهما وأخذت ديناراً شاميا وزنهما سواء لكن الكوفي أوضع قال لا يجوز الا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة. وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجرائي وروى الميموني أنه سأله لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال لا يشتريها حتى يفصلها الا ان هذا أهون من ذلك لانه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله وفيه غير النوع الذي يشتري به فاذا كان من فضل الثمن الا أن من ذهب الى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله. قيل له فما تقول أنت؟ قال هذا موضع نظر، وقال أبو داود سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم؟ قال لا أقول فيه شيئاً، قال أبو بكر روى هذه المسألة عن أبي عبدالله خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل الا الميموني ونقل مهنا كلاما آخر، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز هذا كله اذا كان المفرد اكثر من الذي معه غيره أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم، وبه قال الشعبي والنخعي واحتج من أجاز ذلك بان العقد اذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لانه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ولكن وجب حمله على أنه مذكى تصحيحاً للعقد، ولو اشترى من انسان

كمد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم وعنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه)

هذه المسئلة تسمى مسئلة مد عجوة وظاهر المذهب أن ذلك لا يجوز نص عليه أحمد في مواضع كثيرة قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة تباع بجنس ما عليها الا يجوز قولا واحداً، وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور، وعن أحمد انه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه: قال حرب قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفيا ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء؟ قال لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة، وكذلك روي عن محمد ابن أبي حرب الجرجرائي قال أبو داود سمعت أحمد يسئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شيئاً، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أحمد خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز ذلك بما ذكرنا من الشرط، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم وبه قال الشعبي والنخعي واحتجوا بأن العقد اذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لانه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة لكن يجب حمله على أنه مذكى تصحيحاً، وقد أمكن تصحيح العقد هنا بجعل

شيئاً جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا اذن له في بيعه تصحيحاً للعقد أيضاً وقد أمكن التصحيح ههنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ماروى فضالة بن عبيد قال أتي النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا حتى تميز بينهما » قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه مسلم قال فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » ولان العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه فاذا اختلفت القيمة اختلف مايأخذه من العوض . بيانه أنه اذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك اذا اشترى شقصا وسيفا بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث فهذا اذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ليس كذلك بل يحمل على مايقتضيه من صحة وفساد ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه أما اذا اشترى من انسان شيئا فانه يصح لان الظاهر أنه ملكه لان اليد دليل الملك وإذا باع لحما فالظاهر أنه مذكى لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال أتي النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ، حتى تميز بينهما » قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود وفي لفظ رواه مسلم قال أمر رسول الله صلى الله عليه بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن » ولان العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه اذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ، وكذلك اذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد ، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث هذا اذا تفاوتت القيم ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين ، والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ممنوع بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ، وكذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلد نقود بطل العقد ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه ، أما إذا اشترى من انسان شيئاً فانه يصح لان الظاهر انه ملكه لأن اليد دليل الملك ، واذا باع لحماً فالظاهر انه مذكى لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

(فصل) فاما ان باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو قراضتين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء أو تمرا برنيا ومعقليا بابرحيمي فانه يصح قال أبو بكر وأومأ اليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها ، وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله احمد بن القاسم لان الانواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الأثمان ،

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » الحديث وهذا يدل على اباحة البيع عند وجود المماثلة المراعية وهي المماثلة في الموزون وزنا وفي المكيل كيلا ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا، واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة ولانه باع ذهبا بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع وانما يقسّم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل مالو باع نوعا بنوع يشتمل على جيد ورديء

(فصل) وان باع مافيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس مابيع به الا أنه غير مقصود كدار مموه سقفها بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافا ، وكذلك لو باع دارا بدار مموه سقف كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود، ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء أو تمراً برنيا ومعقلياً بابرحيمي فان ذلك يصح قاله أبو بكر وأومأ اليه أحمد واختار القاضي ان الحكم فيها كالتي قبلها)

وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله أحمد بن القاسم لان الانواع في غير الاثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الاثمان

ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » الحديث وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثلة المرعية وهي في الموزون وزناً وفي المكيل كيلا ولان الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما اذا اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة ولانه باع ذهباً بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع ، وانما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه لاشتمال أحدهما على ماليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز لان التبعية زالت بنزعه فصار كمسألة مدعجوة بخلاف ما إذا كان في كل واحد نواه ، وان باع تمراً منزوع النوى بتمر منزوع النوى

مال العبد الذى اشتراه جاز اذا لم يكن ماله مقصوداً لانه غير مقصود بالبيع فاشبه التمويه في السقف ولذلك لاتشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه وان باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف أو باغ لبونا بلبون وذات صوف بمثلها ففيه وجهان (أحدهما) الجواز اختاره ابن حامد ؟ وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لان مافيه الربا غير مقصود فلم يمنع كالدار المموه سقفها (والثاني) المنع وهومذهب الشافعي لانه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه الحيوان باللحم. والفرق بينهما أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن ،ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجها واحداً لان اللبن لاأثرله ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه الملح في الشيرج والخبزوالجبن وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه أيضا خلافا وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضا وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لايجوز ،ووجه الوجهين ماذكرناه في المسئلة قبلها،واختار القاضي أنه لايجوز وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة

جاز كما لو باع تمراً فيه النوى بعضه ببعض ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لانهما لم يتساويا في حال الكمال ولانه يتجافى في المكيال

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدا بمد» ولانهما تساويا في حال على وجه لاينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كما لو كان في كل واحد نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا كذلك

(مسئلة) (وفي بيع النوى بتمر فيه النوى،واللبن بشاة ذات لبن،والصوف بنعجة عليها صوف روايتان)

اذا باع النوى بتمر نواه فيه فعلى روايتين (إحداهما) لا يجوز رواه عنه مهنا وابن القاسم لانه كمسئلة مدعجوة وكما لو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى (والثانية) يجوز رواها ابن منصور لأن النوى في التمر غير مقصود فجاز كما لو باع داراً مموها سقفها بذهب،فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بتمر منزوع النوى

(فصل) وان باع شاة ذات لبن بلبن أو شاة عليها صوف بصوف أو باع لبوناً بلبون أو ذات صوف بمثلها خرج فيه الروايتان كالتي قبلها (إحداهما) الجواز اختاره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لان مافيه الربا غير مقصود (والثاني) المنع وهو مذهب الشافعي لانه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه بيع اللحم بالحيوان والاول أولى ، والفرق بينهما ان اللحم والحيوان مقصود بخلاف اللبن والصوف ، ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجهاً واحداً لان اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه الملح في الشيرج والخبز والجبن وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه خلافا ، وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ، ويحتمل أن لا يجوز على قولنا إن اللبن جنس واحد ، ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لايجوز ووجه الوجهين ما ذكرنا في المسئلة قبلها ، واختار القاضي المنع وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح افرادها بالبيع وهي معلومة بخلاف اللبن في الشاة، وهذا الفرق غير مؤثر فان مايمنع اذا جاز

بخلاف اللبن في الشاة وهذا الفرق غير مؤثر فان ما يمنع إذا جاز إفراده يمنع وان لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته ومالا يمنع لا يمنع وان جاز إفراده كمال العبد

(فصل) وان باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فذلك ينقسم أقساما (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتماثل وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ، ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً الا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ويتنزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لافضائه الى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب. ومنع الشافعي ذلك كله الا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء والاثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه ، وان باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فاشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الاصل

افراده يمنع وإن لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وإن جاز افراده كمال العبد

(فصل) وان باع داراً سقفها مموه بذهب أو داراً بدار مموه سقف كل واحدة منهما جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود فهو كالسقف المموه ، ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد جاز أيضاً اذا كان المال غير مقصود

(فصل) وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فهو على أقسام (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتماثل ، وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه كبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فيجوز بيعه بمثله ويتنزل خلطه بمنزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلم يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لافضائه الى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب ، ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير المقصود كثيراً وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء بمثله والأثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه ، وإن باعه بجنس غير المقصود كبيعه الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فأشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في

وان باع ديناراً مغشوشا بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتماثل المقصود، وان علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين أولاهما الجواز لانهما تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكأنه لاقيمة له.

(فصل) ولو دفع اليه درهما فقال أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوسا أوحاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفا بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين وقال بعني بهذا الدرهم فلوسا واعطني بالآخر نصفين، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفا وفلوسا جاز أيضا لان معناه ذلك ولان ذلك لايفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء.

(فصل) وماكان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره وأشباه ذلك فهذا اذا قوبل بمثله جاز بيعه به ولا نظر الى مافيه فان النبي ﷺ أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان وقد علم اشتمالهما على مافيهما، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ففيه عن احمد روايتان قدذكرناهما فيما مضى، فأما العسل قبل تصفيته فقال أصحابنا لايجوز بيع بعضه ببعض لاشتماله على عسل وشمع وذلك بفعل النحل فأشبه السيف المحلى

الاصل وان باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتماثل المقصود، وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على وجهين أولاهما الجواز لانهما تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكأنه لا قيمة له

(فصل) ولو دفع الى انسان درهما وقال أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوساً أو حاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين فقال بعني بهذا الدرهم فلوساً واعطني بالآخر نصفين، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً لان معناه ذلك ولان ذلك لا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة نصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء

(مسئلة) (والمرجع في الكيل والوزن الى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما لاعرف لهم فيه ففيه وجهان)

(أحدهما) يعتبر عرفه في موضعه ولا يرد الى أقرب الاشياء شبها به بالحجاز ونحو هذا مذهب الشافعي، قال أبو حنيفة الاعتبار في كل بلد بعادته، ولنا ماروى عبدالله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ل« المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة » والنبي صلى الله عليه وسلم انما يحمل كلامه على بيان الاحكام لان ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف اليه التحريم في تفاضل الكيل فلايجوز أن يتغير د ذلك وهكذا الوزن، فأما مالا عرف له في الحجاز ففيه وجهان (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء هاً به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه موضعه لان مالم يكن له في الشرع حد يرجع فيه الى العرف كالقبض والحرز والتفرق، وعلى هذا

(فصل) ويحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الاسلام ، وبه قال مالك والاوزاعي وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لايجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب لاربا بينهما لما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب » (١) ولان أموالهم مباحة وانما حظرها الامان في دار الاسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا ، ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا) وقوله (الذين يأكلون الربا لا يقومون

إن اختلفت البلاد فالاعتبار بالغالب فان لم يكن غالب تعين الوجه الاول ومذهب الشافعي كهذين الوجهين

(فصل) والبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والجص والنورة وما أشبهها والتمر مكيل وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر ثمرة النخل من الرطب والبسر وغيرهما ، وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار مثل الزبيب والفستق والبندق واللوز والعناب والمشمش والزيتون والبطم والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مدا بمد » والذهب والفضة موزونان بقوله عليه السلام « الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزنا بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالحديد والرصاص والصفر والنحاس والزجاج والزئبق وكذلك الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ، ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع والزعفران والورس والعصفر وما أشبه ذلك

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلهما عنه ولانهما يشبهان مايكال وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ولا يمنع أن يكون موزونا وأصله مكيل كالخبز . ولنا ما ذكرناه ولانه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطر صاع من دقيق ، وقد جاء ذلك في الحديث والصاع انما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الاقط مكيلا لان في حديث صدقة الفطر صاع من أقط . فاما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والدبس والخل ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة . قال القاضي في الادهان هي مكيلة وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن احمد رحمه الله تعالى أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزنا وذلك لان الماء يقدر بالصاع ، ولذلك قالوا : كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع ويغتسل هو وزوجته من الفرق وهذه مكاييل قدر بها الماء ، وكذلك سائر المائعات ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع مافي ضروع الانعام إلا بكيل رواه ابن ماجه ، وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ماجرى فيه عرف بذلك كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضر

---

(١) الحديث مرسل غريب وهو يحتج بمرسل الثقة ، والاصل في هذا عنده ان مال الحربي مباح الاصل فالوسيلة لاخذه برضاه لاتخرجه عن أصله بخلاف مال المستأمن والذمي قالوا ولذلك اجاز النبي (ص) للصديق اكل القمار من بعض مشركي مكة لما راهنه على غلب الروم للفرس وصرح بعضهم بأن المباح ان يأخذ المسلم مال الحربي دون العكس

الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام وكذلك سائر الاحاديث ولان ماكان محرما في دار الاسلام كان محرما في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا نعرف صحته ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك، ولا يجوز ترك ماورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة وانعقد الاجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ويحتمل أن المراد بقوله « لا ربا » النهي عن الربا (١) كقوله (لا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وما ذكروه من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح الا فيما حظره الامان، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل وهو محرم بالاجماع فكذا ههنا

والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ ونحوها ، فهذه اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر في الوزن لانه أخصر ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل لان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ، ومن شأن الفرع أن يرد الى أصله بحكمه ، والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعه

ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله ، وانما اعتبر الكيل في المنصوص لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

(فصل) قال رضي الله عنه (وأما ربا النسيئة فكل شيئين ليس أحدهما ثمنا علة ربا الفضل فيهما واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون لا يجوز النساء فيهما وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد) متى كان أحد العوضين ثمنا والآخر مثمناً جاز النساء بينهما بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس مال السلم الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب وان لم يكن أحدهما ثمنا ، فكل شيئين يجري فيهما الربا بعلة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به يحرم بيع أحدهما بالآخر نسيئة بغير خلاف نعلمه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة - والفضة أكثرهما - يداً بيد وأما النسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير - والشعير أكثرهما - يداً بيد وأما النسيئة فلا » رواه أبو داود

(فصل) وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يشترط التقابض في غير النقدين لان ما عداهما ليس بأثمان . فلم يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقدين ، وأما قوله عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » فالمراد به القبض، ولانهما مالان من اموال الربا علتها واحدة فحرم التفرق بينهما قبل القبض كالذهب بالفضة

(مسئلة) (وان باع مكيلا بموزون كاللحم بالبر جاز التفرق قبل القبض وفي التساوي روايتان)

وهذا ذكره أبو الخطاب وقال هو رواية واحدة لان علتها مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض لانه قال : وماكان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد

« ١ » ممنوع لذكر خبر لافي الحديث

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشترى ذهبا بورق عينا بعين فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله الخيار بين أن يرد أو يقبل اذا كان بصرف يومه وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه)

معنى قوله عيناً بعين هو أن يقول بعتك هـذا الدينار بهذه الدراهم ويشير اليهما وهما حاضران و بغير عينه أن يوقع العقد على موصوف غير مشار اليه فيقول بعتك ديناراً مصريا بعشرة دراهم ناصرية وان وقع القبض في المجلس وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر وكل ذلك جائز ، والمشهور في المذهب أن النقود تتعين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها فعلى هذا إذا تبايعا ذهبا بفضة مع

وهل يجوز النساء ؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز ذكرها الخرقي لانهما مالان من أموال الربا فلم يجز النساء فيهما كالمكيل بالمكيل (والثانية) يجوز وهو قول النخعي لانهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان وعند من يعلل بالطعم لا يجيزه ههنا وجها واحداً

(مسئلة) (ومالا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النساء فيهما ، وعنه لا يجوز وعنه لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان)

فيه أربع روايات (احداهن) لا يحرم النساء فيه سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أومتفاضلا ، وقال القاضي ان كان مطعوما حرم النساء فيه وان لم يكن مكيلا ولا موزونا ، وهذا مبني على أن العلة الطعم وهو مذهب الشافعي ، ووجه جواز النساء ماروى أبو داود عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ، وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد بن علي أن عليا باع بعيراً له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة الى أجل ولانهما مالان لايجري فيهما ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ، ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الاموال كلها كالنوع الآخر فعلى هذه الرواية علة تحريم النساء الوصف الذي مع الجنس . أما الكيل أو الوزن أو الطعم عند من يعلل به فيختص تحريم النساء بالمكيل والموزون عند من يعلل به اختاره القاضي (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو لا لما روى سمرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة. قال الترمذي حديث صحيح ولم يفرق بين الجنس والجنسين ، ولانه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا فيكون علة النساء بينهما المالية على هذه الرواية. قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقداً والدراهم نسيئة جاز وإن كان بالعكس لم يجز لانه يفضي الى النسيئة في العروض (قال شيخنا) وهذه الرواية ضعيفة جداً لانه اثبات حكم يخالف الاصل بغير نص ولا اجماع ولا قياس صحيح فان للمحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار ، وماهذا سبيله لا يجوز اثبات الحكم فيه وان لم يخالف أصلا فكيف مع مخالفة الاصل في حل البيع ؟ فأما حديث سمرة فهو من رواية الحسن عن سمرة ، وأبو عبد الله لا يصحح سماع الحسن من سمرة قاله الاثرم (والرواية الثالثة) يحرم النساء في كل ما بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم

التعيين فيهما ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيبا لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع مثل أن يجد الدراهم رصاصا أو نحاسا أو فيه شيء من ذلك أو الدينار مسا فالصرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وذكر أبو بكر فيهـا ثلاث روايات (إحداهن) البيع باطل (والثانية) البيع صحيح لان البيع وقع على عينه وللمشتري الخيار بين الامساك أو الرد وأخذ البدل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله

في غير ذلك وهذا مذهب أبي حنيفة، ويروى كراهة بيع الحيوان بالحيوان نساء عن ابن الحنفية وعبدالله ابن عبيد بن عمير وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري والحسن وروي ذلك عن عمار وابن عمر لحديث سمرة، ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن (والرواية الرابعة) لا يحرم النساء الا فيما بيع بجنسه متفاضلا لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد » قال الترمذي حديث حسن ، وروى الامام أحمد باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا قال يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل؟ فقال « لا بأس إذا كان يداً بيد » وهذا يدل بمفهومه على إباحة النساء مع التماثل والرواية الاولى أصح لموافقتها الاصل ، والاحاديث المخالفة لها قد قال أحمد ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان ، وحديث سمرة قد أجبنا عنه وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء ، وليث بن سعيد قال يعقوب بن شيبة هو واهي الحديث وهو صدوق، وان كان أحد المبيعين مما لاربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففي تحريم النساء فيهما روايتان

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع الكالىء بالكالىء وهو بيع الدين بالدين) لان النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء رواه أبو عبيد في الغريب

(فصل) قال رحمه الله تعالى (ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد)

أما إذا افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس المال فسيذكر في بابه ان شاء الله تعالى ، وأما الصرف فهو بيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء » وقوله عليه السلام « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد » ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا ونهى أن يباع غائب منها بناجز وكلها أحاديث صحاح. ويجزيء القبض في المجلس وان طال ،ولو تماشيا مصطحبين الى منزل احدهما او إلى الصراف فتقابضاه عنده جاز ،وبه قال ابو حنيفة واصحابه ، وقال مالك لاخير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما

ولنا أنهما لم يتفارقا قبل التقابض فأشبه مالو كانا في سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي رضي الله عنه في قوله للذين مشيا اليه من جانب العسكر: وما اراكما افترقتما. وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد لفوات شرطه

ولنا أنه باعه غير ما سمي له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار أو هذا الثوب القز فوجده كتانا ، وأما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح فان اشترى معيباً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر المبيعات، ثم إن أبا بكر يقول فيمن دلس العيب لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع فههنا مع اختلاف الذات أولى (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تتفطر عند الضرب أو سكتها مخالفة لسكة السلطان فالعقد صحيح والمشتري مخير بين

﴿مسئلة﴾ وان قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في احد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل احدهما وكيلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهماجاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات ، وان تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لانهما لم يتفرقا قبل القبض ، ويحتمل ان يبطل إذا قلنا بلزوم العقد وهو مذهب الشافعي لان العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض اشبه ما لو افترقا، والصحيح الاول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخايرا قبل الصرف ثم اصطرفا فان الصرف يقع لازما صحيحاً قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلا ديناراً بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة ، فان قبض الخمسة وافترقا فهل يبطل في الجميع أو في نصف الدينار ؟ ينبني على تفريق الصفقة فان ارادا صحة العقد فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه اويفسخان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون نصفه له والباقي امانة في يده ويتفرقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئاً أو جعله سلما في شيء أو وهبه إياه جاز ،ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ،ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وان طال ويكون الزائد أمانة في يده لا شيء عليه في تلفه نص أحمد على أكثر هذه المسائل ، فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملا ودفع اليه الدراهم ثم اقترضها منه واشترى بها النصف الباقي أواشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفع اليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

﴿مسئلة﴾ (وان تقابضا ثم افترقا فوجدأحدهما ماقبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين)

هذا إن كان فيه عيب من غير جنسه لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه فيما يشترط قبضه اختاره القاضي ، والآخر لا يبطل لان قبض عوضه في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في المجلس وان رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في الباقي؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة، وإن كان العيب من جنسه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فاذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمراً جيداً أو اشترى من رجل دينارا صحيحا بدراهم وتقابضا ثم اشترى منه بالدراهم قراضة عن غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع

الامساك وبين فسخ العقد والرد، وليس له البدل لان العقد واقع على عينه فاذا أخذ غيره أخذ مالم يشتره وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لان الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فاشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيباً، وان كان العيب في بعضه فله رد الكل أو امساكه، وهل له رد المعيب وامساك الصحيح ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، والحكم فيما اذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم في الجنسين على ما ذكرنا لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد

فيبتاع منه ،وقال أحمد في رواية الاثرم يبيعها من غيره أحب إلي ، قلت له فان لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه،فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فانه اذا ردها اليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي ، يقول هي ترجع اليه ، قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره (١) فلم يجدها فرجع اليه ، فقال إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم ،فظاهر هذا أنه على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل احمد انما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم ،وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا

ولنا ما روى أبو سعيد رضي الله عنه قال : جاء بلال رضي الله عنه إلى النبي ﷺ بتمر برني ، فقال النبي ﷺ « من أين هذا ؟ » قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » وروى أبو سعيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال « أكل تمر خيبر هكذا؟ » فقال لا والله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا » متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ،ولو كان ذلك محرما لبينه له وعرفه إياه، ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره ، ولان ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات،فان تواطآ على ذلك لم يجز وكان حيلة محرمة ، وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز مالم يكن مشروطا في العقد . ولنا أنه اذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيل محرمة على ماسنذكره

(فصل) والصرف ينقسم إلى قسمين (أحدهما) أن يبيع عينا بعين وهو أن يقول بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم (والثاني) أن يقع العقد على موصوف نحو أن يقول بعتك دينارا مصريا بعشرة دراهم ناصرية وقد يكون أحد العوضين معينا دون الآخر وكل ذلك جائز،وظاهر المذهب أن النقود تتعين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها ، فان تبايعا عينا بعين ثم تقابضا فوجد أحدهما عيبا فيما قبضه فذلك قسمان (١) (أحدهما) أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع كالنحاس في الدراهم والمس في الذهب فالصرف باطل وهو قول الشافعي ، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات (احداهن) البيع باطل (والثانية) صحيح وللمشتري الخيار والترك وأخذ البدل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رد ولا بدل . ولنا أنه باعه غير ما سمى له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فاذا هو حمار ، أو هذا الثوب القز واذا هو كتان ، وأما القول بأنه يلزمه البيع فلا يصح لانه اشترى معيبا لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر البياعات (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه كالسواد في الفضة والخشونة

« ١ » قوله فذهب الخ في العبارة تعقيد واضطراب فراجع في مظنتها من المغني

« ١ » عبارة المغني في الصفحة السابقة . لم تخل من قسمين . وهو جواب الشرط. وماهنا لا يصلح جوابا بل هو معطوف على ما قبله

من ذلك الجنس أنه اذا وجد بعض العوض معيباً أن يبطل العقد في الجميع لان الذي يقابل المعيب أقل من الذي يقابل الصحيح فيصير كمسئلة مدعجوة ومذهب الشافعي مثل ماذكرنا في هذا الفصل سواء

(فصل) ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجها بجواز أخذ الارش في المجلس لان الزيادة طرأت بعد العقد، وليس لهذا الوجه وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المرابحة ويأخذ به الشفيع ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحقه المشتري فانه ليس بهبة على أن الزيادة في المجلس من العوض ولو لم يكن أرشا فالارش أولى وان كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المماثلة غير معتبرة وتخلف قبض بعض العوض عن بعض مادا ما في المجلس لايضر فجاز كما في سائر البيع، وان كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل القبض لأحد العوضين الا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر اموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض، فاذا كان الارش مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما (١) عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وان كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ماشرط فيه القبض.

«١» كذا ومثله مافي الشرح كما ترى في أدنى الصفحة ولعل أصله : فوجد في أحدهما عيبا

(فصل) قول الخرقي إذا كان بصرف يومه يعني الرد جائز مالم ينقص قيمة ماأخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا فان نقصت قيمته كأن أخذ عشرة بدينار فصارت احد عشر بدينار فظاهر كلام احمد والخرقي أنه لايملك الرد لان المبيع تعيب في يده لنقص قيمته وان كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة بدينار لم يمنع الرد لانه زيادة وليس بعيب، والصحيح أن هذا لايمنع الرد لان تغير السعر

كونها تتفطر (١) عند الضرب أو ان سكتها مخالفة لسكة السلطان فيصح العقد ويخير المشتري بين الامساك والترك ولا بدل له لان العقد وقع على معين فاذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره، وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فأشبه المسلم اذا قبضه فوجد به عيباً ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرناه

«١» لعل أصله كـكونها تتفطر وانظر عبارة المغني في اوائل هذه الصفحة فهي أصرح وأفصح

(فصل) ولو أرادا أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجهاً لجواز أخذ الارش في المجس لأن الزيادة طرأت بعد العقد وليس لذلك وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المرابحة ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو اقالة ولولم يكن من العوض فبأي شيء استحقه المشتري فانه ليس بهبة، على ان الزيادة في المجلس من العوض وإن لم يكن أرشاً فالارش أولى، وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المماثلة غير معتبرة، وتخلف قبض بعض العوض عن بعض لا يضر ما داما في المجلس فجاز كما في سائر المبيع، وإن كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين إلا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض، فاذا كان مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وإن كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ما يشترط فيه القبض

ليس بعيب ولهذا لا يضمن في الغصب ولا يمنع من الرد بالعيب في القرض ولو كان عيبا فان ظاهر المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم فله رده ورد أرش العيب الحادث عنده و أخذ الثمن .

(فصل) وان تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ورد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها ان اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن احمد جواز أخذ الارش والاول أولى الا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين

(فصل) اذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن مامعه فصدقه فاذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ماقبضه ناقصا بطل الصرف لانهما تبايعا ذهبا بذهب متفاضلا ، فان وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد فإن كان قال بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لانه باع ذهبا بذهب متفاضلا، وإن قال بعتك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه انما باع ديناراً بمثله وانما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فان أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لانه معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لان آخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد ويدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض عن ماله فكان مضمونا بهذا القبض ولمالكه التصرف فيه كيف شاء

(فصل) والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضا فيه فلا يجوز ابداله ، وإن خرج مغصوبا بطل العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وعن أحمد أنها لا تتعين بالعقد فيجوز ابدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة وهذا مذهب أبي حنيفة لانه يجوز اطلاقها في العقد فلا تتعين بالتعيين فيه كالمكيال والصنجة . ولنا أنه عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الاعواض ، ولانه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر ويفارق ما ذكروه فانه ليس بعوض وانما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا تبايعا ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله البدل اذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه كالوضوح في الذهب والسواد في الفضة)

يعني اصطرفا في الذمة نحو أن يقول بعتك ديناراً مصريا بعشرة دراهم فيقول الآخر قبلت فيصح

(فصل) وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا عليه سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد جواز أخذ الارش والاول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين (القسم الثاني) أن يصطرفا في الذمة فيصح

البيع سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أولم يكونا اذا تقابضا قبل الافتراق بأن يستقرضا أو غير ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك لايجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لايجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله لان النبي ﷺ قال «لا تبيعوا غائباً منها بناجز » ولانه اذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز . ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين والحديث يراد به أن لايباع عاجل بآجل ، أو مقبوض بغير مقبوض بدليل مالو عين أحدهما فانه يصح ، وإن كان الآخر غائبا والقبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله « عيناً بعين يداً بيد » والقبض يجري في المجلس كذا التعين ، اذا ثبت هذا فلا بد من تعينهما بالتقابض في المجلس ، ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لان العقد وقع على مطلق لاعيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالسلم فيه، وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيباً ، وإن اختار أخذ الارش فان كان العوضان من جنس واحد لم يجز لافضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل وإن كانا من جنسين جاز ، فأما إن تقابضا وافترقا ثم وجد العيب من جنسه فله ابداله في إحدى الروايتين اختارها الخلال والخرقي وروي ذلك عن الحسن وقتادة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لان ماجاز ابداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه

(والرواية الثانية) ليس له ذلك وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف، ومن صار إلى الرواية الاولى قال قبض الاول صح

سواء كانت الدراهم والدنانير عندها أولا إذا تقابضا قبل الافتراق وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لايجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين وعن زفر مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا تبيعوا غائبا منها بناجز» ولانه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين . ولنا انهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين ، والحديث يراد به أن لايباع عاجل بآجل أو مقبوض بغير مقبوض بدليل ما لو غير أحدهما فانه يصح وإن كان الآخر غائبا ولان القبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى الى قوله عيناً بعين يداً بيد ، والقبض يجري في المجلس كذا التعيين . اذا ثبت هذا فلا بد من تعينها بالتقابض في المجلس ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لان العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فكان له المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيبا ، وإن اختار أخذ أرشه وكان العوضان من جنسين جاز وإن كانا من جنس لم يجز وقد ذكرناه ، وإن تقابضا ثم افترقا ثم وجد العيب من جنسه فله ابداله في احدى الروايتين اختارها الخلال والخرقي وروي ذلك عن الحسن وقتادة وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لان ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعد التفرق كالمسلم فيه (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب أبي حنيفة . والقول الثاني للشافعي لانه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف ،ومن نصر الرواية الاولى قال قبض الاول صح

به العقد ، وقبض الثاني يدل على الاول ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فان تفرقا من غير قبض بطل العقد ، وإن وجد البعض رديئا فرده فعلى الرواية الاولى له البدل ، وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين ، وقال مالك إن وجد درهما زيفا فرضي به جاز وإن رده انتقض الصرف في دينار، وان رد أحد عشر درهما انتقض الصرف في دينارين ، وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر

ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وان اختار واجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ اذا أبدل له لانه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامساك في الجميع لانه تعذر عليه الوصول إلى ماعقد عليه مع إبقاء العقد فان اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لانه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف الا على الرواية الاخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الاطلاق اليه ، ولو قال بعتك ديناراً مصريا بعشرين درهما من نقد عشرة بدينار لم يصح الا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدينار الا نوع واحد فتنصرف تلك الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في ذمتهما لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة

به العقد وقبض الثاني بدل عن الاول ،ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فان لم يأخذه فيه بطل العقد ، وان وجد البعض رديئاً فرده فعلى الرواية الاولى له البدل وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد على وجهين بناء على تفريق الصفقة ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين وقال مالك ان وجد درهما زيفا فرضي به جاز وان رده انتقض الصرف في دينار وان رد أحد عشر درهماً انتقض في دينارين وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر

ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وان اختار واجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ إذا أبدل له لانه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامساك في الجميع لانه تعذر عليه الوصول إلى ماعقد عليه مع ابقاء العقد وان اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لانه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف ويجوز على الرواية الأخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها أو يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الاطلاق اليه ، فلو قال بعتك ديناراً مصريا بعشرين درهماً من نقد عشرة بدينار لم يصح إلا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدينار إلا نوع واحد فتنصرف الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) وإذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في ذمتهما لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة كالعين

كالعين الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين . ولنا أنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالاجماع ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لايجوز وقال أحمد انما هو اجماع ، وقد روى أبو عبيد في الغريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء وفسره بالدين بالدين الا أن الاثرم روى عن أحمد أنه سئل أيصح في هذا حديث ؟ قال لا . وانما صح الصرف بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء نظرت ، فان كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح نص عليه أحمد ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص عليه أيضاً لان الدنانير دين والدراهم صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، واذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها اليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها اليه لانها قبل ذلك لم تصرف في ملكه انما هي وديعة في يده، فان تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكها ، ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها اذا قبضها بنية الاستيفاء لانها مقبوضة على أنها عوض ووفاء والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم إدرارا لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه، فاذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول أكثر أهل

الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدينار من غير تعيين

ولنا أنه بيع دين بدين وقد قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، وقال أحمد انما هو إجماع وقد روى أبو عبيد في الغريب أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالىء بالكالىء وفسره بالدين بالدين إلا أن الاثرم روى أن احمد سئل أيصح هذا الحديث ؟ قال لا . فأما الصرف فانما صح بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء فان كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدنانير صح نص عليه ، فان لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص عليه لان الدنانير دين والدراهم قد صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئا بعد شيء ولم يقبضه إياها وقت دفعها اليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها اليه لانه قبل ذلك لم تصر في ملكه إنما هي وديعة في يده، وان تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكها ويحتمل أن تكون من ضمان القابض إذا قبضها بنية الاستيفاء لانها مقبوضة على أنها عوض ووفاء ، والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في عقد صحيح فيما يرجع الى الضمان وعدمه ،ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم أدراراً لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك بل كل واحد منها في ذمة من قبضه ، فاذا أرادا التصارف أحضرا أحدها واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول الاكثرين ومنع

العلم ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة ، وروي ذلك عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد تخلف . ولنا ماروى أبو داود والاثرم في سننهما عن ابن عمر قال : كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت : يارسول الله رويدك أسألك ، اني أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع الدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شيء » قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا انه يقضيه إياها بالسعر إلا ماقال أصحاب الرأي انه يقضيه مكانها ذهبا على التراضي لانه بيع في الحال فجاز ماتراضيا عليه اذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضاً . ووجه الاول قول النبي ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » وروي عن ابن عمر ان بكر بن عبدالله المزني ومسروقا العجلي سألاه عن كري لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق .ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس والتماثل ههنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة . قيل لأبي عبد الله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال اذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه مالم يكن حيلة ويزاد شيئا كثيراً

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف أحمد فيه .وقال القاضي يحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان مافي الذمة لايستحق قبضه فكان القبض

منه ابن عباس وأبوسلمة بن عبدالرحمن وابن شبرمة،وروي عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد يختلف ولنا ان ابن عمر قال : كنت أبيع الابل فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم،وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه ،فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت يارسول الله رويدك أسألك إني ابيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وابيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس ان تأخذها بسعر يومها مالم تفرقا وليس بينكما شيء » رواه أبوداود والاثرم قال احمد انما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا إلا ما قال اصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهبا على التراضي لانه بيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضا

ولنا قول النبي ﷺ « لابأس أن تأخذها بسعر يومها » فشرط أخذها بالسعر وروي أن بكر ابن عبدالله ومسروقا العجلي سألا ابن عمر عن كري لهما له عليهما دراهم وليس معهما الا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق.ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالقضاء من الجنس والتماثل ههنا بالقيمة لتعذر التماثل بالصورة ،قيل لأبي عبدالله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال ان كان مما يتغابن الناس به — فسهل فيه مالم يكن حيلة

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف احمد فيه ، وقال القاضي يحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان مافي الذمة غير مستحق القبض فكان

ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن (والآخر) الجواز وهو قول أبي حنيفة لانه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل . والصحيح الجواز اذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلا لاجل تأجيل مافي الذمة لانه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا فقد رضي بتعجيل مافي الذمة بغير عوض فأشبه مالو قضاه من جنس الدين ولم يستفصل النبي ﷺ ابن عمر حين سأله ولو افترق الحال لسأل واستفصل

(فصل) قال أحمد ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع اليه ديناراً فقال استوف حقك منه فاستوفاه بعد يومين جاز ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها قدر حقه لانه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولانه متهم ، ولو باع جارية بدنانير فأخذ بها دراهم فردت الجارية بعيب أو اقالة لم يكن للمشتري الا الدنانير لانه الثمن الذي وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف . نص أحمد على هذه المسائل

(فصل) اذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه ضع عني بعضه وأعجل لك بقيته لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم والشافعي ومالك والثوري وهشيم وابن علية واسحاق وأبو حنيفة ، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك كلا كما قد آذن بحرب من الله ورسوله ، وروي عن ابن عباس انه لم ير به بأسا وروي ذلك عن النخعي وأبي ثور لانه آخذ

القبض ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن (الثاني) الجواز وهو قول أبي حنيفة لانه ثابت في الذمة وما في الذمة بمنزلة المقبوض فكانه رضي بتعجيل المؤجل ، وهذا هو الصحيح إذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلا لاجل تأجيل مافي الذمة لانه ان لم ينقص عن سعرها شيئا فقد رضي بتعجيل مافي الذمة بغير عوض فأشبه مالو قضاه من جنس الدين ، ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله ، ولو افترق الحال لسأل واستفصل . هذا اختيار شيخنا

(فصل) قال احمد لو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع اليه ديناراً وقال استوف حقك منه فاستوفاه بعد التفرق جاز ، ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء دينه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها بقدر حقه لانه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولانه متهم نص أحمد على ذلك

(فصل) ولو كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه او مظنون صح الصرف وان ظن عدمه لم يصح لان حكمه حكم المعدوم ، وان شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لا يصح لانه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي . ووجه الاول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك لان الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان المشكوك في حياته فان تبين أنه كان تالفا حين العقد تبينا أن العقد وقع باطلا

(فصل) واذا عرف المصطرفان وزن العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه فاذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف لانهما تبايعا ذهباً بذهب متفاضلا ، فان وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار فان كان قال بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لوجود التفاضل وان قال بعتك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لانه أنما باع

لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا ، وقال الخرقي لا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته ، ولنا أنه بيع الحلول فلم يجز كما لو زاده الذي له الدين فقال له أعطيك عشرة دراهم وتعجل لي المائة التي عليك ، فأما المكاتب فان معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المسامحة فيه ولانه سبب العتق فسومح فيه بخلاف غيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كان العيب دخيلا عليه من غير جنسه كان الصرف فيه فاسداً)

يعني اذا وجد أحدهما ماقبضه مغشوشاً بغش من غير جنسه فينظر فيه فان كان الصرف عينا بعين فهو فاسد لما أسلفناه ، وان كان بغير عين وعلم ذلك في المجلس فرده وأخذ بدله فالصرف صحيح لانه عين المعقود عليه وان افترقا قبل رده فالصرف فيه فاسد ايضاً لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضاً عن المعقود عليه وهذا ظاهر كلام الخرقي .وقيل عن أحمد انه اذا أخذ البدل في مجلس الرد لم يبطل كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما اذا لم يكن مشتري المعيب عالماً بعيبه فأما ان علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بدل ، وان كان من غير جنسه وكان الصرف ذهباً بذهب أو فضة بمثلها فالصرف فيه فاسد لانه يخل بالتماثل الا أن يبيع ذهبا أو فضة مغشوشا بمثل غشه كبيعه ديناراً صوريا بمثله مع علمه بتساوي غشهما وقد ذكرنا ان الظاهر جوازه ،وان باع مغشوشاً بغير مغشوش لم يجز إلا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسئلة مدعجوة وان كان الصرف في جنسين كذهب بفضة انبنى على انفاق المغشوشة

ديناراً بمثله وانما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فان أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غيره لانها معاوضة مبتدأة،وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لان آخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد أو يدفع بدله ،ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار زائداً في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض عما له فكان مضمونا بهذا القبض ولمالكه التصرف فيه كيف شاء

﴿مسئلة﴾ (والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز ابدالها ، وان خرجت مغصوبة بطل العقد)

وبه قال مالك والشافعي وعن أحمد أنها لا تتعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة ، وهذا مذهب أبي حنيفة لانه يجوز اطلاقها في العقد فلم تتعين بالتعيين كالمكيال والصنجة. ولنا أنه عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الاعواض ولانه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر ويفارق ما ذكروه فانه ليس بعوض وانما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا ، وإنما جاز اطلاقها لان لها عرفا ينصرف اليه يقوم في بابها مقام الصفة،فعلى هذا إن وجدها معيبة خير بين الامساك والرد كالعوض الآخر ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالارش لانه مبيع أشبه سائر المبيعات ، وان كان ذلك في الصرف فقد ذكرناه . هذا إن كان العيب من جنس النقود وإن كان من غير جنسها كالنحاس في الفضة والفضة في الذهب وكان في جميعها بطل العقد وان كان في بعضها بطل فيه،وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة وان قلنا لا يتعين انعكست هذه الاحكام

(فصل) وفي انفاق المغشوش من النقود روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئاً فيها فضة فقال اذاكان شيئاً اصطلحوا عليه مثل الفلوس اصطلحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيهامس ونحاس يشترى بها ويباع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وان كان من مما له قيمة ففي جواز انفاقها وجهان، واحتج من منع انفاق المغشوشة بقول النبي ﷺ « من غشنا فليس منا » وبأن عمر رضي الله عنه نهى عن بيع نفاية بيت المال ، ولان المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة ، والاولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطلح عليه فان المعاملة به جائزة اذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين، ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير نكير وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تغريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على مايخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التغرير بالمسلمين وقد أشار أحمد الى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها ، قيل له فيبيعها بدنانير ؟ قال لا . قيل يبيعها بفلوس ؟ قال لا . قيل فبسلعة؟ قال لا ، اني أخاف أن يغربها مسلماً . قيل لابي عبدالله أيتصدق بها ؟ قال اني أخاف أن يغر بها مسلما وقال ماينبغي له لانه يغر بها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يغر بها مسلما . فقد صرح بأنه انما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نفاية بيت المال لما فيه من التغرير

(فصل) في انفاق المغشوش من النقود وفيه روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئا فيها فضة فقال إذا كان شيئا اصطلحوا عليه مثل الفلوس اصطلحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشترى بها ويباع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كلما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام ، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وان كان مما له قيمة ففي جواز انفاقها وجهان . واحتج من منع المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا » وبان عمر نهى عن بيع نفاية بيت المال ولان المقصود فيه مجهول اشبه تراب الصاغة ، والاولى ان يحمل كلام احمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر عيبه واصطلح عليه فان المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير نكير وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشا للمسلمين ولا تغريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التغرير بالمسلمين ، وقد أشار أحمد إلى هذا فقال في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها . قيل له فيبيعها بدينار ؟ قال لا ، قيل يبيعها بفلوس؟ قال لا إني أخاف أن يغر بها مسلما قيل لأبي عبد الله فيتصدق بها ؟ قال : اني أخاف ان يغر بها مسلما ، وقال ماينبغي له أن يغر بها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يغر بها مسلما . فقد صرح بانه انما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر بيع نفاية بيت المال لما فيه من التغرير

بالمسلمين فان مشتريها ربما خلطها بـدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلح على اتفاقه لم يكن نفاية ،فان قيل فقد روي عن عمر أنه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بهـا الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب . وهذا دليل على جواز انفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها ، قلنا قد قال أحـمد معنى زافت عليه دراهمه أي نفيت ليس أنها زيوف فيتعين حمله على هذا جمعا بين الروايتين عنه ويحتمل انه أراد ما ظهر غشه وبان زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وان تعـذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ماذكرنا من المعنى، ولافرق بين ماكان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص والنحاس وما لا ثبات له كالزرنيخية والاندرانية وهو زرنيخ ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما)

الصرف بيع الأثمـان بعضها ببعض والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا ان الصرف فاسد ، والاصل فيه قول النبي ﷺ « الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء » وقوله عليه السلام « بيعـوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد» ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً،ونهى أن يباع غائب منها بناجز ، كلها أحاديث صحاح ، ويجزيء القبض في المجلس وان طال، ولو تماشيا مصطحبين الى منزل أحدهما أو الى الصراف فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا خير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض فاشبه مالو كانا في سفينة تسير بهما أوراكبين على دابة واحدة تمشي بهما ، وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي للذين مشيا اليه من جانب العسكر :وما أراكما افترقتما . وان تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لفوات شرطه ،وان قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح في المقبوض على وجهين بناء على تفريق الصفقة،ولو وكل أحدهما وكيلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أولم يفارقه، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات،وان تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لانهما لم يفترقا قبل القبض ويحتمل ان يبطل اذا قلنا بلزوم

فان مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلحوا على انفاقه لم تكن نفاية ، فان قيل روي عن عمر انه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب ، وهـذا دليل على جواز انفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها قلنا قد قال احمد معنى زافت عليه دراهمه اي نفيت ليس انها زيوف ويتعين حمله على هذا جمعا بين الروايتين عنه ويحتمل انه اراد ماظهر غشه وبان زيفه بحيث لايخفى على احد ولا يحصل بها تغرير ، وان تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ما ذكرنا من المعنى ولافرق بين ماكان غشه يبقى كالنحاس والرصاص وما لا ثبات له كالزرنيخية والاندرانية وهو زرنيخ ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب .

العقد وهو مذهب الشافعي لان العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض اشبه مالو افترقا ، والصحيح الاول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخايرا قبل الصرف ثم اصطرفا فان الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلا ديناراً بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة دراهم لم يجز ان يتفرقا قبل قبض العشرة كلها فان قبض الخمسة وافترقا بطل الصرف في نصف الدينار وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وان أرادا التخلص فسخا الصرف في النصف الذى ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون مااشتراه منه له وما بقي أمانة في يده ثم يفترقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئا أو جعله سلما في شيء أو وهبه له جاز وكذلك ان وكله فيه. ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فاعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لاشيء عليه في تلفه نص احمد على أكثر هذه المسائل . فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملا ودفع اليه الدراهم ثم اقترضها منه فاشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفعها اليه عوضا عن النصف الا خر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(فصل) واذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمرا جنيباً أو اشترى من رجل دينارا صحيحاً بدراهم وتقابضاها ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز الا أن يمضي إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه ، وقال احمد في رواية الاثرم يبيعها من غيره أحب إلي قلت له قال لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فانه اذا ردها اليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي يقول هي ترجع اليه قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره(١) فلم يجدها فرجع اليه ؟ فقال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم. فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل أحمد انما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذ كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم . وقال مالك ان فعل ذلك مرة جاز وان فعله أكثر من مرة لم يجز لانه يضارع الربا

(١) كذا في الاصل

ولنا ماروى أبو سعيد قال جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «من أين هذا ؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «أوه عين الربا لاتفعل ، ولكن اذا أردت أن تشتري فبع

(فصل) ولايجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لا نه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وان بيع بغير جنسه ،وحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهوقول عطاء والشعبي والشافعي والثوري واسحاق لانه مجهول، وقال ابن ابي موسى في

التمر ببيع آخر ثم اشتر به » وروى ايضا أبو سعيد وأبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال « اكل تمر خيبر هكذا ؟ » قال لا والله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا » متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ولو كان ذلك محرما لبينه لهوعرفه إياه ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات ، فاما ان تواطآ على ذلك لم يجز وكان حيلة محرمة وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ما لم يكن مشروطا في العقد ولنا أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيل محرمة على ما سنذكره

(فصل) والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو اسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك قال أيوب السختياني إنهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما مامع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته أو اشترى منه بعشرة الاحبة من الصحيح مثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض فكل ماكان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم وبهذا قال مالك ، وقال أبوحنيفة والشافعي ذلك كله واشباهه جائز إذا لم يكن مشروطا في العقد، وقال بعض أصحاب الشافعي يكره أن يدخلا في البيع على ذلك لان كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخلا عليه

الارشاد يجوز وهوقول مالك، وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا فان اختلط واشكل لميبعه بعرض ولايبيعه بعين ولاورق لانه باعه بما لاربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم

(فصل) والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهو ان يظهر عقداً مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا الى فعل ماحرم الله عز وجل واستباحة محظوراته اواسقاط واجب اودفع حق ونحو ذلك قال ايوب السختياني رحمه الله انهم ليخادعون الله سبحانه كما يخادعون صبيا ، لوكانوا يأتون الامر على وجهه كان اسهل علي. فمن ذلك مالوكان لرجل عشرة صحاح ومع آخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما مامع صاحبه ثم تباريا توصلا الى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا اوباعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة اواشترى منه بها اوقية صابون ونحوها مما يأخذه بأقل من قيمته اواشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح بمثلها من المكسرة واشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير ، وهكذا لو اقرضه شيئا وباعه سلعة با كثر من قيمتها اواشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا الى اخذ عوض عن القرض فكل ماكان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم وبهذا قال مالك ، وقال ابوحنيفة هذا كله واشباهه جائز ان لم يكن مشروطا في العقد ، وقال بعض اصحاب الشافعي يكره ان يدخلا في البيع علي ذلك لان كل مالايجوز شرطه في العقد يكره ان يدخلا عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم.. وقال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم، فروي انهم كانوا ينصبون شباكهم للحيتان يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الاحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجارى فيفتحها يوم الجمعة فاذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الاحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه فهذه حيلة، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار» رواه أبو داود وغيره فجعله قمارا مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً اومأخوذا منه وانما دخل صورة تحيلا على إباحة المحرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولان الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولاتزول مفسدتها مع ابقاء معناها باظهارهما صورة غير صورتها فوجب أن لايزول التحريم كما لو سمى الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «ليستحلن قوم من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا انهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بامثال أجرته ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من الف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئا ولا يريد ذلك وانما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما سماه أجرة والعامل لا يقصد أيضا سوى ذلك وربما لاينتفع بالارض التى سمى الاجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة

ولنا ان الله تعالى عذب امة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم، قال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) اي لامة محمد صلى الله عليه وسلم فروي انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الاحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فاذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها الى يوم الاحد ثم يأخذها ويقول مااصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه وهذا حيلة ، وقال النبي ﷺ «من ادخل فرسا بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار» رواه ابو داود فجعله قماراً مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً اومأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلا على إباحة محرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولان الله تعالى انما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع بقاء معناها باظهارها صورة غيرصورتها فوجب ان لايزول التحريم كما لوسمى الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «ليستحلن قوم من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون الى بيع المنهي عنه بأن يستأجروا بياض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك ، وانما قصده بيع الثمرة قبل وجودها بما سماه أجرة والعامل لا يقصد أيضاً سوي ذلك وربما لا ينتفع بالارض التي سمي الاجرة في مقابلتها ومتي لم يخرج الثمر أو أصابته

جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه انما بذل ماله في مقابلة الثمرة لاغير ورب الارض يعلم ذلك

(فصل) ولو اشترى شيئا بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحا أقل منها . قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لانه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما، ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك فان تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز، ولو اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه نصف دينار شق فان عاد فاشترى شيئا آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضا فان وفاه ديناراً صحيحا بطل العقد الثاني لانه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ، وان كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضا لانه وجد مايفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرقهما فلزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ، ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

(فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف وان ظن انه غير موجود لم يصح الصرف لان حكمه حكم المعدوم ، وان شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لايصح لانه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي ، ووجه الاول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك فان الشك لايزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته فان تبين انه كان تالفا حين العقد تبينا ان العقد وقع باطلا

(فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لانه مال ربا بيع بجنسه على وجه لاتعلم المماثلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وان بيع بغير جنسه فحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والاوزاعي واسحاق لانه مجهول وقال ابن أبي موسى في الارشاد يجوز ذلك وهو قول مالك وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا فان اختلط أو اشكل فليبعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق لانه باعه بمالا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم

« مسئلة » قال (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله ﷺ هو أن يوهب للانسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطبا)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أولها) في إباحة بيع العرايا في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم

جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه انما بذل ماله في مقابلة الثمرة لاغير ورب الارض يعلم ذلك

(فصل) وإن اشترى شيئاً بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحاً أقل منها ، قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل، ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ، فان تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فان عاد فاشترى شيئا آخر بنصف لزمه نصف شق أيضاً فان وفاه ديناراً صحيحا بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ،وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضاً لانه وجد مايفسده قبل انبرامه ، وان كان بعد لزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لان النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمزابنة بيع الثمر بالتمر متفق عليه. ولانه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الارض أو فيما زاد على خمسة أوسق. ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق متفق عليه ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حثمة وغيرهما وخرجه أئمة الحديث في كتبهم وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه وهذه زيادة يجب الاخذ بها ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه جمعا بين الحديثين وعملا بكلا النصين. وقال ابن المنذر: الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى والقياس لا يصار اليه مع النص مع ان في الحديث انه أرخص في العرايا والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(الفصل الثاني) انها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها، فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند امامنا رحمه الله، وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد لان في حديث زيد وسهل انه رخص في العرية مطلقا ثم استثنى مازاد على الخمسة في حديث أبي هريرة وشك في الخمسة فاستثنى اليقين وبقي المشكوك فيه على مقتضى الاباحة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة، والمزابنة بيع الرطب بالتمر. ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولان العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقينا فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت إباحتها مع الشك، وروى ابن المنذر باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والاربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه اياها بالذكر وروى مسلم عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين ولان خمسة الاوسق في حكم مازاد عليها بدليل وجوب الزكاة فيها دون مانقص عنها ولانها قدر تجب الزكاة فيه فلم يجز بيعه عرية كالزائد عليها، فأما قولهم أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة و بعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كانه مذكور في الآخر ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا

(فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة، وقال الشافعي يجوز للانسان بيع جميع ثمر حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد وسهل ولان كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع. ولنا عموم النهي عن المزابنة استثني منه العرية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولان

﴿مسئلة﴾ (ويحرم الربا بين المسلم والحربي)

وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الاسلام وبذلك قال مالك والاوزاعي

مالا يجوز عليه العقد مرة اذا كان نوعا واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الارض وكالجمع بين الاختين ، فأما حديث سهل فانه مقيد بالنخلة والنخلتين بدليل مارويناه فيدل على تحريم الزيادة عليهما ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد فاما ان باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري .

ولنا أن المغلب في التجويز حاجة المشتري بدليل ماروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ماعرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبا ، واذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع الى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولاننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى الى أن لا يحصل الارفاق اذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة . فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وان اشترى عريتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجها واحدا

(الفصل الثالث) أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعها هذا ظاهر كلام أصحابنا وبه قال الشافعي وظاهر قول الخرقي انه شرط ، وقد روى الاثرم قال : سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا فقال العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فللمعرى أن يبيعها ممن شاء ، وقال مالك : بيع العرايا الجائز هو أن يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى لانه ربما كان مع اهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه واحتجوا بان العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال ابو عبيد: الاعراء ان يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال الشاعر الانصاري يصف النخل

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول انا نعريها الناس ، فتعين صرف اللفظ الى موضوعه لغة ومقتضاه في العربية مالم يوجد ما يصرفه عن ذلك . ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة اوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخيل الكثير يعريه الناس انه لا يعجز عن اداء ثمن العرية وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى اكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فمتى وجد ذلك جاز البيع ، ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ما جاز بيعه اذا كان موهوبا جاز وإن لم يكن موهوبا كسائر الاموال وما جاز بيعه لواهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وافراده بالبيع

(الفصل الرابع) انه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر لا أقل منه ولا أكثر ويجب أن يكون التمر الذي يشترى به معلوما بالكيل ولا يجوز جزافا لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا لما روى

وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب لا ربا بينهما لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا بين

زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا متفق عليه. و لمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً، ولان الاصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الاخر بقضية الاصل، ولان ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرته ، ومعنى خرصها بمثلها من التمر أن يطيف الخارص بالعرية فينظر كم يجيء منها تمراً فيشتريها المشتري بمثلها تمراً وبهذا قال الشافعي ونقل حنبل عن أحمد انه قال بخرصها رطبا ويعطي تمراً رخصة وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها لانه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولان الاصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف الاصل في بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل ،وقال القاضي الاول أصح لانه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمراً ولان المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمراً يفضي إلى فوات ذلك ،فأما ان اشتراها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي (والثاني) يجوز (والثالث) لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه .ووجه جوازه ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ولانه اذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلان يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ما روى مسلم باسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً ، وعن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر وقال «ذلك الربا تلك المزابنة » الا أنه رخص في العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطبا ولانه مبيع يجب فيه مثله تمراً فلم يجز بيعه بمثله رطبا كالتمر الجاف، ولان من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الاحاديث تبينه وتزيل الشك

(فصل) ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله أو نقله وفي الثمرة التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعا الى النخلة فسلمها إلى مشتريها ثم مشيا إلى التمر فتسلمه من مشتريها أو تسلم التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعا فسلمها الى مشتريها أو سلم النخلة ثم مضيا إلى التمر فتسلمه جاز لان التفرق لا يحصل قبل القبض . اذا ثبت هذا فان بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه (والثاني) أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا أو يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا وإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله

المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب» لان أموالهم مباحة وانما حظرها الامان في دار الاسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا . ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا ـ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم

(الفصل الخامس) انه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطبا ولا يجوز بيعها لغني وهذا أحد قولي الشافعي وأباحها في القول الآخر مطلقا لكل احد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البياعات ، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد : ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطبا ومتى خولف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ، ولان ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها كالزكاة للمساكين والترخص في السفر ، فعلى هذا متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجا ومعه من الثمن مايشتري به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر وسواء باعها لواهبها تحرزا من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك أو لغيره فانه لايجوز ، وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجا الى أكلها . ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لاتثبت مع عدمه ولان في حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطبا » ولو جاز لتخليص المعري لماشرط ذلك، فيشترط اذا في بيع العرية شروط خمسة أن يكون فيمادون خمسة أوسق ، وبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل التفرق ، وحاجة المشتري الى أكل الرطب ، وأن لايكون معه مايشتري به سوى التمر ، واشترط القاضي وأبو بكر شرطا سادسا وهو حاجة البائع إلى البيع ، واشترط الخرقي كونها موهوبة لبائعها ، واشترط أصحابنا لبقاء العقد أن يأكلها اهلها رطبا فان تركها حتى تصير تمراً بطل العقد وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان تركه المشتري حتى يتمر بطل العقد)

يعني ان لم يأخذها المشتري رطبا بطل العقد خلافا للشافعي في قوله لا يبطل ، وعن أحمد مثله لان كل ثمرة جاز بيعها رطبا لايبطل العقد إذا صارت تمرا كغير العرية . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يأكلها أهلها رطباً » ولان شراءها انما جاز للحاجة إلى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ثم لافرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها أو تركها لعذر أو لغير عذر للخبر، ولو أخذها رطبا فتركها عنده فاتمرت أو شمسها حتى صارت تمراً جاز لانه قد أخذها ، ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن إشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها لا يبطل البيع فيخرج ههنا مثله فان أخذ بعضها رطبا وترك باقيها حتى أتمر فهل يبطل البيع في الباقي على وجهين

(فصل) ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل وهو اختيار ابن حامد وقول الليث بن سعد الا أن يكون مما ثمرته لايجري فيها الربا فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها ، ويحتمل أن

الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقوله تعالى (اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل ، وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام ولان ماكان محرما في دار الاسلام كان محرما في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا تعرف صحته(١) ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة بخبر مجهول ولم يرو في صحيح ولا

(١) استدلوا أيضاً بان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم حل وأما المستأمن منهم بدارنا فماله محرم بعقد الامان لان أخذه غدر محرم وفي فتح القدير اشتراط أن يكون الربح للمسلم

يجوز في العنب والرطب دون غيرها وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيهما، وجواز خرصها وتوسيقها وكثرة تيبيسها واقتياتها في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبهما ، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرها لاختلافهما في أكثر هذه المعاني فانه لايمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستتارها بالأوراق ولا يقتات يابسها فلا يحتاج الى الشراء به وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والاوزاعي قياسا على ثمرة النخيل.

ولناماروى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة الثمر بالتمر إلا اصحاب العرايا فانه قد أذن لهم وعن بيع العنب بالزبيب وكل ثمرة بخرصها ،وهذا حديث حسن وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر ، وعن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك ، وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا وعن كل ثمر بخرصه،ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العرية ، وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة ، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين (أحدهما) ان غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لاهل المدينة وانما كانت حاجتهم الى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به اذا خالف نصا وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة ، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص فيقاس عليه وكذلك سائر الثمار والله أعلم

باب بيع الاصول والثمار

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبرا وهو ما قد تشقق طلعه فالثمرة للبائع متروكة في النخل الى الجزاز الا أن يشترطها المبتاع)

أصل الابار عند أهل العلم التلقيح قال ابن عبد البر الا انه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر

مسند ولا كتاب موثوق به وما ذكروه من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح إلا ما حظره الامان

﴿ باب بيع الاصول والثمار ﴾

ومن باع داراً تناول البيع أرضها وبناءها وما يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم والرفوف المسمرة والابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرحى المنصوبة وأشباه ذلك لانه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها

﴿مسئلة﴾ (ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والاحجار المدفونة)

لان ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرش والستور، ولا يدخل ما هو منفصل عنها لا يختص بمصلحتها كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش ، وكذلك الرفوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير

الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم

ولا غرز في الحائط ، وحجر الرحى إن لم يكن منصوبا والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها لانه منفصل عنها لا تختص بمصلحتها أشبه الثياب والطعام

﴿مسئلة﴾ (فأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح وحجر الرحا الفوقاني اذا كان السفلاني منصوبا ففيه وجهان)(أحدهما) يدخل في البيع لانه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها (والثاني) لايدخل لانه منفصل عنها فأشبه القفل والدلو ونحو ذلك وهذا مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ وماكان في الارض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المهدمة فهو للمشتري لانه من أجزائها فهو كترابها)

والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، واذا كان المشتري عالما بذلك فلا خيار له وأن لم يعلم وكان يضر بالارض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب حكمه حكم سائر العيوب فان كانت الحجارة والآجر مودعا فيها فهو للبائع كالكنز ويلزمه نقلها وتسوية الارض واصلاح الحفر لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وإن كان قلعها يضر بالارض أو تتطاول مدته فهو عيب ، وإن لم يكن في نقلها ضرر وكان يمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فليس بعيب وله مطالبة البائع لانه لاعرف في تبقيتها بخلاف الزرع ، ومتى كان عالما بالحال فلا أجرة له في الزمان الذي نقلت فيه لانه علم بذلك ورضي به فهو كما لو اشترى أرضا فيها زرع ، وإن لم يعلم فاختار امساك المبيع فهل له اجرة لزمان النقل على وجهين (أحدهما) له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالآجر (والثاني) لا يجب لانه لما رضي بامساك المبيع رضي بتلف المنفعة في زمان النقل ، فان لم يختر الامساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار لزوال الضرر عنه

(فصل) فان كان في الارض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة ونحوهما دخلت في البيع وملكت بملك الارض التي هي فيها لانها من أجزائها فهي كأحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ، ويجوز بيعها بغير جنسها وان ظهر في الارض معدن لم يعلم به البائع فله الخيار لانه زيادة لم يعلم بها فأشبه ما لو باعه ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ،هذا اذا كان قد ملك الارض باحياء أو إقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضا فظهر فيها معدن فقالوا انما بعنا الارض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم فأخذه فقبله ورد عليهم المعدن. وان كان البائع ملك الارض بالبيع احتمل أن لا يثبت له خيار لان الحق لغيره وهو المالك الاول ، واحتمل أن يثبت له الخيار كما لو اشترى معيبا ثم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد وان كان قد باعه مثل ما اشتراه ، وروى أبو طالب عن أحمد إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خيارا لانه من أجزاء الارض فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة ولها قيمة كبيرة

(فصل) فان كان فيها بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الارض والماء الذي فيها غير مملوك في أصح الروايتين ، ولاصحاب الشافعي وجهان كالروايتين وفي معنى الماء المعادن

« خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف وأبرت النخلة آبرها أبراً وإبار أو أبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة وائتبرت ، ومنه قول الشاعر : * تأبري ياخيرة الفسيل *

الجارية في الاملاك كالقار والنفط والموميا والملح وكذلك ماينبت في الارض من الكلأ والشوك ففي هذا كله روايتان ، فان قلنا هي مملوكة دخلت في البيع والا لم تدخل

﴿مسألة﴾ (وان باع أرضا بحقوقها دخل غراسها وبناؤها في البيع وان لم يقل بحقوقها فعلى وجهين)

إذا باع أرضا بحقوقها أو رهنها دخل في ذلك غراسها وبناؤها ، وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغرس والبناء فيها على وجهين ، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن واختلف أصحابه في ذلك فنهم من قال فيها جميعا قولان، ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ووجه دخولها في البيع أنهما من حقوق الارض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والوجه الثاني) لا يدخلان لانهما ليسا من الارض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجرة والبناء فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لانه اسم للارض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستانا ويدخل فيه البناء ذكره ابن عقيل لان ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ، ويحتمل أن لا يدخل . لان اسم البستان لا يفتقر اليه ، فأما ان باعه شجراً لم تدخل الارض في البيع . ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لان الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع

(فصل) وإن قال بعتك هذه القرية وكان في اللفظ قرينة تدل على دخول أرضها مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لان الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة اليه ودالة عليه فأشبه ما لو صرح به وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الارض إن قال بحقوقها دخل وان لم يقله فعلى وجهين

﴿مسألة﴾ (وان كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول أو تكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان فالاصول للمشتري والجزة الظاهرة للبائع)

سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا أو أكثر كالرطبة ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهرا والزيادة من الاصول التي هي ملك المشتري ، وكذلك إن كان مما تتكرر ثمرته كالقثاء والبطيخ والباذنجان فالأصول للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه أشبه الشجر ، وان كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والنرجس فالاصول للمشتري لأنه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة ، وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، فأما زهرته فان تفتحت فهي للبائع ومالم تفتح للمشتري، واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع إن قال بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها وإلا ففيه وجهان كالشجر

وفسر الخرقي المؤبر بما قد تشقق طلعه لتعلق الحكم بذلك دون نفس التأبير . قال القاضي : وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو التأبير المراد هنا وفي هذه المسئلة فصول ثلاثة

(فصل) وإذا اشترى أرضا وفيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطبة والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو للمشتري لأنه يترك في الارض للتبقية فهو كأصول الشجر ولانه لوكان ظاهراً كان له فالمستتر أولى وسواء علقت له عروق في الارض أولا ، وإن كان بذراً لما يستحقه البائع كالشعير فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له ، وقال الشافعي يبطل البيع لأن البذر مجهول وهو مقصود

ولنا أن البذر يدخل تبعا فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً واشترط ماله ولأنه يجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في الاصل كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الام ولا تضر جهالته ، ولا يجوز مفرداً فان لم يعلم المشتري ذلك فله فسخ البيع وامضاؤه لأنه يفوت عليه منفعة الارض مدة فان تركه البائع للمشتري أوقال أنا أحوله وأمكن ذلك في زمن يسير لايضر بمنافع الارض فلاخيار للمشتري لانه ازال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لأن فيه تصحيح العقد وهذامذهب الشافعي ، وكذلك إن اشترى نخلا فيها طلع فبان مؤبراً فله الخيار لأنه يفوت على المشتري ثمرة عامه فان تركها البائع فلا خيار له، وإن قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره لأن ثمرة العام تفوت وان قطعها وان اشترى أرضاً فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار كما لو جهل وجوده لأنه انما رضي ببذل ماله عوضا عن الارض والشجر بما فيهما فاذا بان بخلافه ثبت له الخيار كمن اشترى معيبا يظنه صحيحاً ،فان اختلفا في ذلك فالقول قول المشتري إذا كان مثله يجهل ذلك كالعامي ، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان فيها زرع لايحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى الى الحصاد الا أن يشترط المبتاع)

اذا كان في الارض زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والقطاني وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والثوم وأشباه ذلك فاشترطه المشتري فهو له قصيلا كان أو ذاحب مستتراً أو ظاهراً معلوما أو مجهولا لكونه دخل في البيع تبعا للارض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها ، وان أطلق البيع فهو للبائع لأنه مودع في الارض فهو كالكنز والقماش وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا . إذا ثبت ذلك فانه يكون للبائع مبقى في الارض الى الحصاد بغير أجرة لأن المنفعة حصلت مستثناة له، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وإن كان بقاؤه أنفع له على مانذكر في الثمرة وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة، وسنذكر ذلك ، وهكذا الحكم في القصب الفارسي لأن له وقتا يقطع فيه إلا أن العروق للمشتري لأنها تترك في الارض للبقاء فيها والقصب كالثمرة وان لم يكن ظهر من القصب شيء فهو للمشتري : فأما قصب السكر فهو كالزرع، ويحتمل أن يكون كالقصب الفارسي لأنه يؤخذ سنة بعد سنة، فان حصده قبل أوان الحصاد لينتفع بالارض في غيره لم يملك الانتفاع بها لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتتقدر ببقائه كالثمرة على الشجر ، وكما لو كان المبيع طعاما لا ينقل مثله عادة إلا في

(الاول) ان البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لانها متصلة بالاصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالاغصان، وقال أبو حنيفة والاوزاعي هي للبائع في الحالين لان هذا نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع كالزرع في الارض . ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها الا أن يشترط المبتاع » متفق عليه ، وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة والاوزاعي بمفهومه لانه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشتري والا لم يكن حداً ولا كان ذكر التأبير مفيداً ، ولانه نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الاغصان فانها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية والزرع ليس من نماء الارض وإنما هو مودع فيها

شهر لم يكلف إلا ذلك فان تكلف نقله في أقل من شهر لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذاههنا ، ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضربها الارض فعلى البائع إزالتها ، وإن تحفرت الارض فعليه تسوية حفرها لأنه استصلاح لملكه فهو كما لو باع داراً فيها خابية كبيرة لاتخرج إلا بهدم الباب فهدمه كان عليه الضمان وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك آخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واسند اليه كان الضمان على مدخل النقص

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبراً وهو ماتشقق طلعه فالثمر للبائع متروكا في رءوس النخل الى الجزاز الا أن يشترطه المبتاع)

الابار التلقيح قاله ابن عبد البر الا أنه لايكون حتى يتشقق الطلع فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قوله عليه السلام « خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح ولذلك فسره ههنا به قال القاضي وقد يتشقق الطلع بنفسه وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو المراد هنا وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنه إذا انشق طلعه ولم يؤبر أنه للبائع لظاهر الحديث والمشهور الاول . وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) أن البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع ، وان كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لانها متصلة بالاصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالاغصان ، وقال أبو حنيفة والاوزاعي هي للبائع لانه نماء له حد فلم يتبع أصله كالزرع في الارض

ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها الذي باعها الا أن يشترط المبتاع » متفق عليه وهذا صريح في رد قول ابن ابي ليلى وحجة على أبي حنيفة والاوزاعي بمفهومه لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشتري والا لم يكن حدا ولا كان التأبير مفيداً ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فيكون تابعا لأصله قبل ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الاغصان فانها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية ، والزرع ليس من نماء الارض وإنما هو مودع فيها

(الفصل الثاني) انه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع فيه والمشتري سواء وقال مالك : إن اشترطها المشتري بعد التأبير جاز لانه بمنزلة شرائها مع أصلها ، وان اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز لان اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها

ولنا انه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم فصح كالو باع حائطا واستثنى نخلة بعينها ولان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا أن تعلم ولانه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري وقد ثبت الاصل بالاتفاق عليه وبقوله عليه السلام «الا أن يشترطها المبتاع» ولو اشترط أحدهما جزأ من الثمرة معلوما كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء وقول أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم : لايجوز اشتراط بعضها لان الخبر إنما ورد باشتراط جميعها . ولنا ان ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وكذلك القول في مال العبد اذ اشترط بعضه

(الفصل الثالث) ان الثمرة اذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفريغ النخل فيها لانه مبيع مشغول بملك البائع فلزم نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له . ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كالو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله الا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئا بعدشيء ولايلزمه النقل ليلا ولاجمع دواب البلد لنقله كذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها وهو أوان جزازها وقياسه حجة لنا لما بيناه، إذا تقرر هذا فالمرجع في جزه الى ما جرت به العادة فاذا كان المبيع نخلا فحين تتناهى حلاوة ثمره الا أن يكون مما بسره خير من

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت او غير مؤبرة البائع والمشتري سواء ، وقال مالك ان اشترطها المشتري بعد التأبير جاز لأنه بمنزلة مشتريها مع أصلها وان اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز لأن ذلك بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط التبقية .

ولنا أنه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم فصح كما لو باع حائطا واستثنى نخلة بعينها ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري ، وقد ثبت الاصل بالاتفاق عليه ، ولو اشترط جزءا من الثمرة معلوما كان كاشتراط جميعها في الجواز في قول الجمهور ، وقال ابن القاسم من أصحاب مالك لايجوز اشتراط بعضها لان الخبر انما ورد باشتراط جميعها . ولنا أن ماجاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وهكذا الحكم في مال العبد إذا اشترط بعضه

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر الى أوان الجزاز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفريغ النخل منها لانه مبيع مشغول بملك البائع فلزمه نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام له أو قماش

ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئا بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلا ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك ههنا تفريغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها وذلك أوان جذاذها ، وقياسه حجة لنا لما بيناه، اذا تقرر هذا فالمرجع في جزه الى ماجرت به العادة فان كان المبيع نخلا فحين تتناهى حلاوة ثمره ، وان كان مما بسره خير من رطبه أو ماجرت العادة بأخذه بسراً فانه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لأن هذا

وطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسراً فانه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لان هذا هو العادة، فاذا استحكمت حلاوته فعليه نقله وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى فعليه النقل لان العادة في النقل قد حصلت وليس له إبقاؤه بعد ذلك، وان كان المبيع عنباً أو فاكهة سواه فاخذه حين يتناهى إدراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فان أبر بعضه دون بعض فالمنصوص عن أحمد أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسئلة فان صريحه أن ما أبر للبائع ومفهومه أن ما لم يؤبر للمشتري وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الاضرار باشتراك الايدي في البستان فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر كثمر النخلة الواحدة فانه لاخلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، ولان البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع كذا ههنا، وهذا من النوع الواحد لان الظاهر أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق فاما ان أبر لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد. ولنا أن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما فاشبها الجنسين وما ذكره يبطل بالجنسين، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه، ولو أبر بعض الحائط فافرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره، وخرج القاضي وجها في أنه يتبع

هو العادة فاذا استحكمت حلاوته فعليه قطعه، وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى لم يمنع وجوب القطع لأن العادة في ذلك قد وجدت فليس له ابقاؤه بعد ذلك وان كان المبيع عنبا أو فاكهة سواه فأخذه حين يتناهى ادراكه ويجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فان أبر بعضه دون بعض فما أبر للبائع وما يؤبر للمشتري نص عليه أحمد واختاره أبو بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة، وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا اذا لم نجعل الكل للبائع أدى الى الاضرار باشتراك الايدي فيجب أن يجعل مالم يؤبر تبعا لما أبر كثمر النخلة الواحدة اذا أبر بعضها فان الجميع للبائع بالاتفاق، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، وهذا الخلاف في النوع الواحد لأن الظاهر أنه يتقارب ويتلاحق فيختلط، فأما إن أبر نوع لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد، والاشبه الفرق بين النوعين والنوع لأن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما عن الآخر ولا يخشى اختلاطهما أشبها الجنسين وما ذكروه يبطل بالجنسين، لايصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرنا، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه، ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع مالم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره وخرج القاضي وجها في أنه يتبع غير المبيع فيكون للبائع كما لو باع الحائط كله وهو أحد الوجهين لأصحاب

غير المبيع ويكون للبائع لانه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولا يصح هذا لان المبيع لم يؤبر منه شيء فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ، ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل فان بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للمشتري لانه حدث في ملكه فكان له كما لو حدث بعد جزاز الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به لتباعد ما بينهما

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره لانه يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره ، ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث أو يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح فان أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتلقيح به وهو يكون بعد ظهوره فأشبه طلع الاناث، فان باع نخلا فيه فحال وإناث لم يشقق منه شيء فالكل للمشتري الا على الوجه الآخر فان طلع الفحال يكون للبائع وان كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الا خر فما تشقق فهو للبائع وما لم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها ، وإن تشقق طلع بعض الاناث أو بعض الفحال فالذي قد ظهر للبائع، وما لم يظهر على ماذكرنا من الاختلاف فيه

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلا أو يخلعها به أو يجعله عوضا في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لاجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبته لولده أو تقايلا المبيع أو كان صداقا رجع إلى الزوج

الشافعي . ولنا أن المبيع لم يؤبر شيء منه فوجب أن يكون للمشتري لمفهوم الحديث وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ولانه لا يفضي إلى سوء المشاركة ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر فبقي على حكم الاصل ، فان بيعت النخلة المؤبرة كلها أو بعضها ثم حدث طلع فهو للمشتري لأنه حدث في ملكه أشبه ما لو حدث بعد أخذ الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه لتباعد ما بينهما

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث فيما ذكرنا وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أنه للبائع بكل حال لأنه قد يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره . ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث ، ولانه يدخل في عموم الخبر وماذكر للوجه الآخر لا يصح فان أكله ليس هو المقصود منه وانما يراد للتلقيح به وذلك يكون بعد ظهوره فأشبه طلع الاناث، فان باع نخيلا فيه فحال واناث لم يتشقق منه شيء فالكل للمشتري إلا على الوجه الآخر ، فان طلع الفحال يكون للبائع ، وان تشقق أحد النوعين دون الآخر فما تشقق للبائع ومالم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلا أو يخلعها به أو يجعله عوضاً في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبة ولده أو تقايلا البيع ، أو كان صداقا فرجع إلى

لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه نماء متصل فأشبه السمن ، وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في انه يتبع قبل التأبير ولا يتبع فيما بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع وأما رجوع البائع لفلس المشتري أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد)

وجملة ذلك أن الشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما يكون ثمره في أكامه ثم تتفتح الاكمام فيظهر كالنخل الذي وردت السنة فيه وبينا حكمه وهو الاصل وما عداه مقيس عليه وملحق به ، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فانه تظهر أكمامه ثم تتفتح فيظهر فهو كالطلع ان تفتح جنبذه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجميز فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالرمان والموز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه الى حين الأكل فهو كالتين ولان قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه وكونه من مصلحته (الضرب الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالبا الا بعد جزازه فأشبه الضرب الذي قبله ولان قشر اللوز يؤكل معه فأشبه التين وقال القاضي ان تشقق القشر الأعلى فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع الا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه

الزوج لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه نماء متصل أشبه السمن وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في أنه يتبع قبل التأبير ولا يتبع بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ أشبه البيع ، وأما رجوع البائع لفلس المشتري، أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالتوت والتين والرمان والجوز)

والشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما تكون ثمرته في أكمام ثم تتفتح فتظهر كالنخل الذي بينا حكمه وهو الاصل وماسواه مقيس عليه ، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فانه تظهر اكمامه ثم تتفتح فهو كالطلع إن تفتح جنبذه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجميز فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور ما في الطلع (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الاكل كالموز والرمان فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لان قشره من مصلحتة ويبقى فيه الى حين الاكل كالتين (الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالبا إلا بعد جزازه فأشبه الضرب الذي قبله ، ولان قشر اللوز يؤكل معه أشبه التين ، وقال القاضي إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ، ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه فانه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده

من مصلحته وهذا بخلافه فانه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده (الخامس) مايظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع وان لم تظهر فهي للمشتري وقيل ما تناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو المشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور ، وقال القاضي يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة ، وقول الخرقي يقتضي ما قلناه لانه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا ببدو نوره ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو اذا كبر قبل أن ينثر النور فتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم والله أعلم . وهذا يفارق الطلع لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا أو قريباً منه وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريباً منه

(فصل) فأما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال لانه من اجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشتري لانه بمنزلة الجنبذ الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وهذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق (١) وان لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر ورق الشجر والله أعلم

(١) المعقول ان الحكم للعادة والعرف في كل عقد اطلق ولم يشترط البائع فيه لنفسه الثمر والحديث في النخل المؤبر مبني على أنه كان ذلك عرفهم لا أنه تعبد تعبدنا به

(الخامس) مايظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ ، فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهو للبائع ، وان لم تظهر فهو للمشتري ، وقيل مايتناثر نوره فهو للبائع ومالا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور وقال القاضي يحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر، فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة، وظاهر لفظه ههنا يقتضي ماقلناه أولا وهو ظاهر كلام الخرقي لانه علق استحقاق البائع للثمرة ببدوها ولا يبدو الثمر حتى ينفتح نوره وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور فيتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم وهذا يفارق الطلع لان الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا أو قريبا منه وبينهما اختلاف قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (والورق للمشتري بكل حال)

الاغصان والورق وسائر أجزاء الشجر للمشتري لانه من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت المقصود أخذه لدود القز للبائع إذا تفتح وللمشتري قبل ذلك لانه بمنزلة الجنبذ الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وانما هذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق وان لم يكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر الورق والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان ظهر بعض الثمرة فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري ، وقال أبو حامد الكل للبائع) وقد ذكرناه

(فصل) واذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت الى سقي لم يكن للمشتري منعه منه لانه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول وان أراد سقيها من غير حاجة فللمشتري منعه منه لانه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غيره ولان الاصل منعه من التصرف في ملك غيره وانما أباحته الحاجة فان لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع ، فان احتاجت إلى السقي وفيه ضرر على الشجر أو احتاج الشجر الى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي ايهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لانه دخل في العقد على ذلك فان المشتري اقتضى عقده تبقية الثمرة والسقي من تبقيتها والعقد اقتضى تمكين المشتري من حفظ الاصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وان أضر به وإنما له أن يسقي بقدر حاجته، فان اختلفا في قدر الحاجة رجع الى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لانه لحاجته

(فصل) فان خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ،وان كان كثيراً نخيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر أيضاً لذلك (الثاني) يجبر على القطع لان الضرر يلحقها وان لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) واذا باع شجراً فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى أو اشترى ثمرة في شجرها فحدثت ثمرة أخرى فان تميزتا فلكل واحد ثمرته وان لم تتميز احداهما من الاخرى فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته ،فان لم يعلم قدر كل واحدة منهما اصطلحا عليها ولا يبطل العقد لان المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها أو اشترى عرية فتركها حتى اثمرت فان العقد يبطل في احدى الروايتين لكون

«مسئلة» (وان احتاج الزرع أو الثمرة الى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع منه)

إذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي لم يكن للمشتري منعه لانه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول ، وان أراد سقيها من غير حاجة فللمشتري منعه لان سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره والاصل منعه منه وانما أبحناه للحاجة فما لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع ، وان احتاجت الى سقي يضر بالشجر أو احتاج الشجر الى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي: أيهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لانه دخل العقد على ذلك فان المشتري اقتضى عقده تبقية الثمرة والسقي من تبقيتها واقتضى تمكين المشتري من حفظ الاصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للاخر وان أضر به وانما له أن يسقي بقدر حاجته ، وان اختلفا في ذلك رجع الى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لانه لحاجته

(فصل) وان خيف على الاصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لانها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره، وان كان كثيراً نخيف على الاصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر كذلك (والثاني) يجبر على القطع لان الضرر يلحقها وان لم تقطع والاصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع في الحال

اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهي وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة الى أكله رطباً وههنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً الى فعل المحرم، وجمع أبو الخطاب بينهما فقال في الجميع روايتان (احداهما) يبطل العقد (والاخرى) لا يبطل ، وقال القاضي ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك فان فعله أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع وان امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدرحقه، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة اخرى لم نقل المشتري اسمح بنصيبك لان الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع بينهما ، وهذا مذهب الشافعي ، قال ابن عقيل لعل هذا قول لبعض أصحابنا فانني لم أجده معزيا الى أحمد والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لاحمد ولو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها اخرى والله أعلم

(فصل) اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الا مرة كالحنطة والشعير والقطاني وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهها فاشترطه المشتري فهو له قصيلا كان أو ذا حب مستتراً أو ظاهراً معلوماً أو مجهولا لكونه دخل في البيع للارض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها وان أطلق البيع فهو للبائع لانه مودع في الارض فهو كالكنز والقماش ولانه يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ويكون للبائع مبقى في الارض الى حين الحصاد بغير أجرة لأن المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وان كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة وقد مضى الكلام فيها وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي لان له وقتا يقطع فيه الا أن العروق تكون للمشتري لانها تترك في الارض للبقاء فيها والقصب نفسه كالثمرة وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري وأما قصب السكر فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع فان حصده قبل الحصاد لينتفع بالارض في غيره لم يملك الانتفاع بها لان منفعتها انما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتقدر ببقائه كالثمرة على الشجرة وكما لو كان المبيع طعاما لا ينقل مثله عادة الا في شهر لم يكلف الا ذلك فان تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذلك ههنا ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضربها الارض كعروق القطن والذرة فعلى البائع ازالتها وان تحفرت الارض فعليه تسوية حفرها لانه استصلاح لملكه فصار كما لو باع داراً فيها خابية كبيرة لا تخرج الا بهدم باب الدار فهدمها كان عليه الضمان، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واستند اليه كان الضمان على مدخل النقص

(فصل) وان باع أرضا وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالاصول للمشتري والجزة الظاهرة عند البيع للبائع سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا والبقول أو أكثر كالرطبة وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في

لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية إجماعا لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع . متفق عليه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ماكان ظاهراً والزيادة من الاصول التي هي ملك للمشتري ، وكذلك ان كان الزرع مما تكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لان ذلك مما تتكرر الثمرة فيه فأشبه الشجر ،ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والنرجس فالاصول للمشتري لانه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه،وأما زهرته فان كانت قد تفتحت فهي للبائع والا فهي للمشتري على ما ذكرناه فيما مضى واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع ان قال بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل ؟ على وجهين كالشجر .

(فصل) وإذا اشترى أرضا فيها بذر فاستحق المشتري اصله كالرطبة والنعناع والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو له لانه ترك في الارض للتبقية فهو كأصول الشجر ولانه لو كان ظاهرا كان له فالمستتر أولى سواء علقت عروقه في الارض أولا فان كان بذراً لا يستحقه البائع فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له ، وقال الشافعي البيع باطل لان البذر مجهول وهو مقصود

ولنا أن البذر يدخل تبعا في البيع فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً فاشترط ما له ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم والسقوف في الدار وأساسات الحيطان تدخل تبعا في البيع ولا تضر جهالتها ولا تجوز مفردة ، وان لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وامضائه لانه يفوت عليه منفعة الارض عاما ، فان رضي البائع بتركه للمشتري أوقال أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الارض فلا خيار للمشتري لانه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لان فيه تصحيحا للعقد ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك لو اشترى نخيلا فيه طلع فبان انه مؤبر فله الخيار لانه يفوت المشتري ثمرة عامه ويضر بقاؤها بنخله فان تركها له البائع لم يكن له خيار ؛ فان قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لان ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها ، وان اشترى أرضا فيها زرع للبائع أو شجرا فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضا كما لو جهل وجوده لانه انما رضي ببذل ماله عوضا عن الارض والشجر بما فيهما فاذا بان خلاف ذلك ينبغي ان يثبت له الخيار كالمشتري للمعيب يظنه صحيحا ، وإن اختلفا في جهله لذلك فالقول قول المشتري إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عاميا فان هذا مما يجهله كثير من الناس وان كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله لان الظاهر أنه لا يجهله

(فصل) إذا باعه أرضا بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع وكذلك اذا قال رهنتك هذه الارض بحقوقها دخل في الرهن غراسها وبناؤها وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغراس والبناء فيهما ؟ على وجهين، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن،واختلف أصحابه في ذلك فمنهم من قال فيهما جميعا قولان ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن

(فصل) وكذلك الزرع الاخضر في الارض لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كما ذكرنا في الثمرة على الاصول لما روى مسلم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري . قال ابن المنذر ولا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل

ومنهم من قال إنهما سواء لان ما تبع في البيع تبع في الرهن كالطرق والمنافع وفيهما جميعا وجهان (أحدهما) يدخل البناء والشجر لانهما من حقوق الارض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والثاني) لا يدخلان لانهما ليسا من حقوق الارض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ، ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجر والبناء ، فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لان البستان اسم للارض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستانا قال ابن عقيل ويدخل فيه البناء لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ويحتمل أن لا يدخل

(فصل) وان باعه شجرا لم تدخل الارض في البيع ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لأن الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع .

(فصل) وان قال بعتك هذه القرية فان كانت في اللفظ قرينة مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة اليه ودالة عليه فأشبه مالو صرح به، وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها او لم يقل ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الارض ان قال بحقوقها دخل وان لم يقل فعلى وجهين .

(فصل) وان باعه دارا بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وماهو متصل بها مما هو من مصلحتها كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والاوتاد المغروزة والحجر المنصوب من الرحا وأشباه ذلك ، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكنز والاحجار المدفونة لان ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرش والستور ولا ماكان منفصلا عنها يختص بمصلحتها كالفرش والستور والطعام والرفوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحى اذا لم يكن واحد منها منصوبا والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه لانه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها فأشبه الثياب ، وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح والحجر الفوقاني من الرحا إذا كان السفلاني منصوبا فيحتمل وجهين (أحدهما) يدخل في البيع لانه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لانه منفصل عنها فأشبه السفلاني إذا لم يكن منصوبا والقفل والدلو ونحوهما ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا سواء .

(فصل) وما كان في الارض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للمشتري بالبيع لانه من اجزائها فهي كحيطانها وترابها والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، واذا كان المشتري عالما بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالما به وكان ذلك يضر بالارض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن أو الامساك

البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي ، فان باعه بشرط القطع أو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح بالاجماع لان المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها لما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو قال «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ

وأخذ أرش العيب كما في سائر المبيع ،فأما ان كانت الحجارة أو الآجر مودعا فيها للنقل عنها فهي للبائع كالكنز وعليه نقلها وتسوية الارض اذا نقلها واصلاح الحفر لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وان كان قلعها يضر بالارض أو تتطاول مدته ولم يكن المشتري عالما فله الخيار كما ذكرنا لانه عيب وان لم يكن في نقلها ضرر ويمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فلا خيار له وله مطالبة البائع بنقلها في الحال لانه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع ، وان كان عالما بالحال فلا خيار له ولا أجرة في الزمان الذي نقلت فيه لانه علم بذلك ورضي فأشبه مالو اشترى أرضاً فيها زرع ، وان لم يعلم واختار امساك المبيع فهل له أجرة لزمان النقل على وجهين (احدهما) له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالاجزاء (والثاني) لا يجب لانه لما رضي بامساك المبيع بتلف المنفعة في زمان النقل فان لم يختر الامساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار لان الضرر زال عنه

(فصل) فان كان في الارض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها دخلت في البيع وملكت بملك الارض التي هي فيها لانها من اجزائها فهي كترابها واحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ولا معدن الفضة بفضة ويجوز بيعها بغير جنسها ،وان ظهر في الارض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار لانه زيادة لم يعلم بها فأشبه مالو باعه ثوبا على انه عشرة فبان احد عشر هـذا إذا كان قد ملك الارض باحياء أو اقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبدالعزيز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا إنما بعنا الارض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بن عبدالعزيز بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي ﷺ لأبيهم فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن . وان كان البائع ملك الارض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار لان الحق لغيره وهو المالك الاول ، واحتمل أن يكون له الخيار كما لو اشترى معيباً ثم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد عليه وان كان قد باعه مثل مااشتراه ، وقد روى أبو طالب عن أحمد انه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لانه من أجزاء الارض فأشبه مالو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة

(فصل) واذا كان في الارض بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الارض والماء الذي فيها غير مملوك لانه يجري من تحت الارض الى ملكه فأشبه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الآخر) يدخل في الملك لانه نماء الملك ، وقد روي عن أحمد ما يدل على انه يملك فانه قال في رجل له أرض ولآخر ماء فيشترك صاحب الارض وصاحب الماء في الزرع ويكون بينهما فقال لا بأس ، اختاره أبو بكر وهذا يدل على ان الماء مملوك لصاحبه ،وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والمومياء والملح وكذلك الحكم في النابت في أرضه من الكلأ والشوك ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في المـاء ، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه ، قال أحمد لا يعجبني بيع الماء البتة ، قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن قوم بينهم نهر

أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه

(فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يجز سواء اشتراها من رجل أو من أكثر منه،وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع مالا يملكه فلم يصح اشتراطه .

تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا أحتاج اليه أكريه بدراهم؟ قال ما أدري أما النبي ﷺ فنهى عن بيع الماء قيل انه ليس يبيعه انما يكريه ، قال انما احتالوا بهذا ليحسنوه فأي شيء هذا الا البيع ؟ وروى الاثرم باسناده عن جابر واياس بن عبدالله المزني أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع الماء ، وروي أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلأ » رواه أبو عبيد في كتاب الاموال ، فاذا قلنا لا يملك فصاحب الارض أحق به من غيره لكونه في ملكه فان دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه مباح في الاصل فأشبه مالو عشش في أرضه طائر أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل اليه داخل فأخذه ، وأما ما يحوزه من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلأ في حبله أو يحوزه في رحله أو يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لأن يأخذ أحدكم حبلا فيأخذ حزمة من حطب فيبيع فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع » رواه البخاري ، وروى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، وعلى ذلك مضت العادة في الامصار يبيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير نكير ، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ الا باذن مالكه وكذلك لو وقف على بئره أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوه فما يرقيه من الماء فهو ملكه وله بيعه لانه ملكه بأخذه في إنائه ، قال أحمد انما نهي عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره . ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها ، وقد روي أن النبي ﷺ قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة؟ » أو كما قال ، فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسبلها للمسلمين وكان اليهودي يبيع ماءها ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر الفاً ثم قال لليهودي اختر إما أن تأخذها يوما وآخذها أنا يوماً وإما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختار يوماً ويوماً ، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشتراه بثمانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها وصحة بيع مايستقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهايأة وكون مالكها أحق بمائها ، وجواز قسمة مافيه حق وليس بمملوك . فأما المياه الجارية فما كان نابعا في غير ملك كالانهار الكبار وغيرها لم تملك بحال ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل إلى أرضه ولكل أحد أخذه ولا يملكه الا أن يجعل له في أرضه مستقراً كالبركة والقرار أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كنقع البئر ، وان كان مايستقر في البركة لايخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ماسنذكره في مياه الامطار . وماكان نابعاً أو مستنبطاً كالقني فهو كنقع البئر وفيه من الخلاف مافيه ، فأما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالاولى أنه يملك ماءها ويصح بيعه إذا كان معلوما لانه مباح حصله بشيء معد له فملكه كالصيد يحصل في شبكته والسمك في بركة معدة له ولايجوز أخذ شيء منه إلا باذن مالكه .

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جذه ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يبيع أصله)
الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ماظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالنعناع والهندبا وشبههما لايجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك الى الجزاز لم يجز وان اشتراها على القطع جاز)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية فلا يصح البيع إجماعا لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع، متفق عليه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

(القسم الثاني) أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع لان المنع انما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ماروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو قال « أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعا ولا تبقية فالبيع باطل، وبه قال مالك والشافعي وأجازه أبو حنيفة لان اطلاق العقد يقتضي القطع فهو كما لو اشترطه قال ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله «أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها فى أن اطلاق العقد يقتضي القطع، ويقرر ماقلنا من ان اطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولهما النهي جميعا، ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها

(فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (أحدها) ان يبيعها مفردة لغير مالك الاصل فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبينا بطلانه (الثاني) أن يبيعها مع الاصل فيجوز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » ولانه إذا باعها مع الاصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الاصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح البيع وهو المشهور من قول مالك وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه يجتمع الاصل والثمرة للمشتري فيصح كما لو اشتراهما معاً ولانه اذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم الى المشتري على الكمال لكونه مالكا لاصولها وقرارها فصح كبيعها مع أصلها (والثاني) لايصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان العقد يتناول الثمرة

ذلك عن الحسن وعطاء ورخص مالك في شراء جزتين وثلاثاً ولا يصح ذلك لان ما في الارض منه مستور وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع مايحدث من الثمرة، ومتى اشترى جزة لم يجز ابقاؤها لان مايظهر منها أعيان لم يتناولها البيع فيكون للبائع إذا ظهر فيفضي إلى اختلاط المبيع بغيره فان أخرها حتى طالت فالحكم فيها يذكر ان شاء الله تعالى

خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة كما لو كانت الاصول لأجنبي ولانها تدخل في عموم النهي بخلاف ما اذا باعهما معاً فانه مستثنى بالخبر المروي فيه ولان الغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة وفيما اذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز فى التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما ، وان باعه الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له .

(فصل) ولا يجوز بيع الزرع الاخضر في الارض الا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على الاصول لما روى مسلم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري ، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي. فان باعه مع الارض جاز كبيع الثمرة مع الاصل، وان باعه لمالك الارض ففيه وجهان على ماذكرنا في الثمرة تباع من مالك الاصل وقال أبو الخطاب يجوز، وان باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الاصل بشرط القطع وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث «حتى يبيض» فجعل ذلك غاية المنع من بيعه فيدل على الجواز بعده وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد. ولانه اذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة اذا بدا صلاحها ، واذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة اذا بدا الصلاح في شيء منها

(فصل) ذكره القاضي في الصلح قال : واذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعوض صح فيما يصح في البيع وبطل فيما يبطل فيه ، ولو ادعى اثنان زرعا في يد آخر فأقر لهما به فالزرع بينهما نصفان فان صالح أحدهما عن حقه منه قبل اشتداد حبه لم يجز سواء شرط القطع أو أطلق لانه ان أطلق بطل للنهي عن بيع المحاضرة، وان شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه الا بقطع الزرع كله ، وان كانت الارض للمقر احتمل أن يصح واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما اذا اشترى زرعا أخضر في أرض مملوكة له ، ولو كانت الارض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والارض بيننا نصفين فان كان بعد اشتداد حبه جاز لانه يجوز بيعه ، وان كان قبل ذلك فهل يجوز على وجهين بناء على بيع الزرع من مالك الارض وذلك لانه يبيع نصف الزرع لمالك الارض ويشتري منه نصف الارض التي له فيها الزرع ، وان شرطا في البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم الارض فارغة ففيه وجهان أيضا (أحدهما) يصح لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفريغ الارض منه ، واحتمل أن يبطل لان صاحب الارض باعه نصف الارض بشرط قطع زرع غيره ليسلم اليه أرضه ، وان قلنا يصح لم يلزم الوفاء بالشرط لان كل واحد منهما حصل زرعه في أرضه فلم يلزم قطعه

(فصل) واذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه

(فصل) وإذا باع ثمرة شيء من هذه البقول كالقثاء والباذنجان لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز بيع الجميع لان ذلك يشق تمييزه فجعل مالم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن مالم يبد صلاحه تبع لما بدا

مشاعا لم يجز سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه فلم يصح اشتراطه

(فصل) والقطن ضربان (أحدهما) ما له أصل يبقى في الارض أعواما كالشجر تتكرر ثمرته فهذا حكمه حكم الشجر في انه يصح افراده بالبيع واذا بيعت الارض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشتري (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو ما فيه لم يجز بيعه إلا بشرط القطع كالزرع الاخضر، وان قوي جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع الذي اشتد حبه واذا بيعت الارض لم يدخل في البيع الا أن يشترطه المبتاع، والباذنجان نوعان (أحدهما) ماله شجر تبقى أصوله وتكرر ثمرته فهو كالشجر (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير

﴿مسئلة﴾ قال (فان تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب ان البيع يبطل قال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشتري الثمرة الى البائع ويأخذ الثمن، ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لان أكثر ما فيه ان المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز أو حنطة فانثالت عليها أخرى أو ثوبا فاختلط بغيره، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فمرض أو توانى حتى صار شعيرا قال ان أراد به حيلة فسد البيع والا لم يفسد. والظاهر ان هذه ترجع الى ما نقله ابن سعيد فانه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم يرد حيلة فان أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على ابقائه لم يصح بحال اذ قد ثبت من مذهب أحمد ان الحيل كلها باطلة، ووجه الرواية الاولى أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثني منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالاجماع فيبقى ما عداه على أصل التحريم ولان التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فابطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض أو التفضل فيما يجب التساوي فيه ولان صحة البيع تجعل ذلك ذريعة الى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة، ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحبت الصدقة بها والا فالحق أنها للبائع تبعا للاصل كسائر نماء المبيع المتصل اذا رد على البائع بفسخ أو بطلان، ونقل ابن أبي موسى في الارشاد أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة، وأما ان حكمنا بصحة العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما فان ملك المشتري الثمرة وملك البائع الاصل وهو سبب الزيادة وقال القاضي الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب، والاول أظهر لما ذكرنا فان الزيادة حصلت من أصل

ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يصح بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولان ما لم يبد صلاحه يجوز افراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولان ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق، وان كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا، اذا ثبت ذلك فان باعها قبل بدو صلاحها لم يجز

البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له بخلاف العبد اذا سمن فانه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فانه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له بل ذلك حرام عليه فكيف يكون مستحبا ؟ وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لان عين المبيع زاد بجهة محظورة قال الثوري اذا اشترى قصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ولان الامر اشتبه في هذه الزيادة وفي مستحقها فكان الاولى الصدقة بها ويشبه أن يكون هذا استحبابا لان الصدقة بالشبهات مستحبة، وان أبيا الصدقة بها اشتركا فيها، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها. قال القاضي ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده لان الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بتمامها لا حق للبائع فيها ، وقال الثوري يأخذ المشتري رأس ماله ويتصدق بالباقي ، وكذلك الحكم في الرطبة اذا طالت والزرع الاخضر اذا أدجن وهذا فيما اذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها فاما ان قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لانه حيلة محرمة وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم لقصده والبيع صحيح قصد أو لم يقصد وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل وقد سبق الكلام في هذا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك الى الجزاز جاز)

وجملة ذلك انه اذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط التبقية الى حال الجزاز وبشرط القطع ، وبذلك قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية الا ان محمدا قال اذا تناهى عظمها جاز واحتجوا بان هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو شرط تبقية الطعام في كنده وجه. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فمفهومه اباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح والا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في ذكره، ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة ، وتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية لان ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه ، واذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع ولان النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف فاذا شرطه جاز كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الامكان وفي هذا انفصال عما ذكروه

(فصل) ولا يختلف المذهب ان بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها أعني انه يباح بيع جميعها بذلك ولا أعلم فيه اختلافا وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع؟ فيه روايتان أظهرهما جوازه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن، وعنه لا يجوز الا بيع ما بدا صلاحه لان ما لم يبد صلاحه داخل في عموم النهي ولانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر وكالذي في البستان الآخر ، ووجه الاولى أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو

الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو صلاحه جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبقية على ما نذكر في ثمرة الاشجار وسنبين بم يكون بدو صلاحه ؟

(فصل) ويصح بيع هذه الاصول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره القاضي وهو

فيه فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ولان اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق ويؤدي الى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض، فاما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يتبعه وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الادراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وان كان يتأخر ادراك البعض تأخيراً كثيراً فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز في الباقي وقال أبو الخطاب: يجوز بيع مافي البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بعضه الى بعض في اكمال النصاب في الزكاة فيتبعه في جواز البيع كالنوع الواحد، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود والمعنى ههنا هو تقارب ادراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصارا في هذا كالجنسين

(فصل) فاما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما متجاورين كانا أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن أحمد رواية أخرى ان بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك لانهما يتقاربان في الصلاح فأشبها القراح الواحد، ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد، والمذهب الاول لانه انما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة مابدا وتابعاً له دفعاً لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه ومافي قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا، وماذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع، ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد فأفرد بالبيع مالم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي ما اذا باعه مع مابدا صلاحه لانه دخل في جواز البيع تبعاً دفعاً لمضرة الاشتراك واختلاف الايدي ولا يوجد ذلك ههنا ولانه قد يدخل في البيع تبعاً ما يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض واللبن في الضرع مع الشاة، ويحتمل الجواز لان الكل في حكم مابدا صلاحه ولانه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفرداً كالذي بدا صلاحه

(فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك لانه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك يكون بالسقي، فان قيل فلم قلتم انه اذا باع الاصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟ قلنا لان المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة لانه لم يملكها من جهته وانما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام وزيد بن ثابت

مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا فرق بين كون الاصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة لانه أصل فيه الثمرة فأشبه الشجر، فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري وان اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمرة الشجرة اذا اختلطت بثمرة أخرى على ما يأتي حكمه

والحسن بن أبي الحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لانه بيع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض فلم يقبضه . ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز له بيعه كما لو جذه ، وقولهم لم يقبضه لايصح فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

﴿ مسألة ﴾ قال (فان كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها ان تظهر فيها الحمرة أو الصفرة وان كانت ثمرة كرم فصلاحها أن تتموه وصلاح ماسوى النخل والكرم أن يبدو فيها النضج)

وجملة ذلك ان ماكان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والعنب الاسود والاجاص فبدو صلاحه بذلك ، وان كان العنب أبيض فصلاحه بتموهه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه ، وان كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو أو يطيب ، وان كان بطيخاً أو نحوه فبأن يبدو فيه النضج ، وان كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً صغاراً وكباراً كالقثاء والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي بلوغه أن يتناهى عظمه ، وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه فان بدو صلاح الشيء ابتداؤه وتناهي عظمه آخر صلاحه ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة إلا أن يريدوا بتناهي عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها فيكون كما ذكرنا ، وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم أو مقارب له ، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير ، وروي نحوه عن ابن عمر وابن عباس ، ولعلهم أرادوا صلاحه للاكل فيرجع معناه الى ما قلنا فان ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل . متفق عليه ، وان أرادوا حقيقة الأكل كان ماذكرنا أولى لان ما رووه يحتمل صلاحه للاكل فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الاخبار وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب متفق عليه ، ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو . قيل وماتزهو؟ قال « تحمار أو تصفار » رواه البخاري ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود . رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه الا لقطة لقطة)

وجملة ذلك أنه اذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز الا بيع الموجود منها دون المعدوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك يجوز بيع الجميع لان ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعا لما ظهر كما ان مالم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولان ما لم يبد صلاحه يجوز افراده بالبيع بخلاف مالم يخلق ولان مالم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق وان كان مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا . اذا تقرر هذا فان باعها قبل بدو صلاحها لم يجز الا بشرط القطع فان كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا وبشرط القطع والتبقية على ما ذكرنا في ثمرة الاشجار وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه

(فصل) والقطن ضربان (أحدهما) ماله أصل يبقى في الأرض أعواما فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح افراده بالبيع ، وإذا بيعت الارض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشتري (الثاني) مايتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقو مافيه لم يصح بيعه إلا أن يشترط القطع كالزرع الاخضر ، وان قوي حبه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع

(فصل) قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تكرر ثمرتها من غير شرط القطع وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة لانه أصل تكرر فيه الثمر فأشبه الشجر فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري فان اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمرة الشجرة اذا اختلطت بثمرة أخرى على ما مر حكمه

(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي، وأباحه مالك والاوزاعي واسحاق لان الحاجة داعية اليه فأشبه بيع مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا ، ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر رواه مسلم وهذا غرر ، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فانما جاز بيعه لان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضا،فان كان مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل أو كان المقصود فروعه فالاولى جواز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة، ويدخل مالم يظهر في البيع تبعا فلا تضر جهالته كالحمل في البطن واللبن في الضرع مع الحيوان ، وان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الارض لان الحكم للاغلب ، فان تساويا لم يجز لان الاصل اعتبار الشرط في الجميع وانما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعا ففيما عداه يبقى على الاصل

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الاخضر في قشرته مقطوعا وفي شجره، وبيع الحب المشتد في سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الارض وفي شجره وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يجوز حتى ينزع منه قشره الأعلى الا في الطلع والسنبل في احد القولين ، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة فمفهومه اباحة بيعه إذا بدا صلاحه وابيض سنبله،ولانه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل ، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فانه لاقوام له في شجره الا به والباقلا يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقلا يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك اجماعا وكذلك الجوز واللوز في شجرهما ، والحيوان المذبوح يجوز في سلخه فانه اذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة اذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك اذا كسرت ، وأما تراب الصاغة والمعدن فلنا فيهما منع وان سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسئلتنا

إذا اشتد حبه ، وإذا بيعت الارض لم يدخل في البيع إلا ان يشترطه المبتاع ، والباذنجان الذي تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر وما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير .

(فصل) ولايجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والثوم والبصل حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وأباحه مالك والاوزاعي واسحاق لان الحاجة

﴿ مسألة ﴾ قال (وكذلك الرطبة كل جزة)

وجملة ذلك ان الرطبة وما اشبهها مما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ماظهر منه بالقطع دفعة بعد دفعة كالنعناع والهندبا وشبههما لايجوز بيعه الا ان يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي ذلك عن الحسن وعطاء ، ورخص مالك في أن يشتري جزتين وثلاثا ولا يصح لان مافي الارض منه مستور وما يحدث منه معدوم ، فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع مايحدث من الثمرة فاذا ثبت هذا فمتى اشتراها لم يجزه ابقاؤها لان مالم يظهر منها أعيان لم يتناولها البيع فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضي الى اختلاط المبيع بغيره والثمرة بخلاف ذلك ، فان اخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمرة اذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها

(فصل) وان اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ثم عاد فنبت فهو لصاحب الارض لان المشتري ترك الاصل على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يخلفها ولذلك أبيح لكل التقاطها ، ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من لعام المقبل فهو لصاحب الارض نص احمد على هاتين المسئلتين ، ومما يؤكد ما قلنا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه منه ، ولو كان الباقي مستحقاً له لملك منعه منه

﴿ مسألة ﴾ قال (والحصاد على المشتري فان شرطه على البائع بطل البيع)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (الاول) أن من اشترى زرعا أو جزة من الرطبة ونحوها أو ثمرة في أصولها فان حصاد الزرع وجذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لانهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً (الفصل الثاني) اذا شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الخرقي يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لايجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد وأبو بكر ولم أجد هذا الذي ذكره الخرقي رواية في المذهب، واختلف أصحاب الشافعي أيضاً فقال بعضهم اذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولا واحداً ، وقال بعضهم يكون على قولين فمن أفسد قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط مالا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعا ، ومن أجازه قال هذا بيع واجارة لانه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعينين وقولهم شرط العمل فيما لا يملكه

تدعو اليه فأشبه بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا

ولنا أنه مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر رواه مسلم وهذا غرر، وأما بيع مالم يبد صلاحه فانما جاز تبعاً فان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه

يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع والثاني يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار والثالث ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ولان الشرط من المتسلم فليس ذلك بتأخير التسليم ، فاذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه ، فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف فان الشفعة تثبت في الشقص دون السيف ويجوز الجميع بينهما ، وقول الخرقي إن العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص بهذه المسألة وشبهها مما يفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي الى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع لما ذكرنا في صدر المسألة ، والاول أولى لوجهين (أحدهما) أنه قال في موضع آخر ولا يبطل البيع بشرط واحد

(والثاني) أن المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قميصاً أو فلعة ويشترط حذوها نعلا أو جرزة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره حتى قال القاضي لم أجد بما قال الخرقي رواية في أنه لا يصح واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حملها وبه قال اسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري فلعة ويشترط على البائع تشريكها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد فأشبه سائر الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط

ولنا ماتقدم ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط انما الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع كذا ذكره الترمذي ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد . قال احمد انما النهي عن شرطين في بيع أما الشرط الواحد فلا بأس به

(فصل) ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما ليصح اشتراطها لانا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب الى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ولو اشترط حذوها نعلا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء قال احمد في الرجل يشتري النعل على أن يحذوها جائز اذا أراد الشراك وان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والاجرة عليه كقولنا في الاجارة

(فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثني سكناها شهراً أو جملا ويشترط ظهره الى مكان معلوم أو عبدا ويستثني خدمته سنة نص على هذا احمد وهو قول الاوزاعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح الشرط لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولانه ينافي مقتضى البيع فأشبه مالو شرط أن لا يسلمه وذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع الى أن يستوفي البائع منفعته ولان مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه وهذا الشرط

بعضاً ، فان كان مما يقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع اخضر والكراث واللفت وسائر ماتقصد فروعه جاز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبه الحيطان التي أساساتها مدفونة ،ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً لما ظهر فلا تضر جهالته كالحمل في البطن مع بيع الحيوان ، فان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه

ينافيه وقال ابن عقيل فيه رواية ثانية أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبدالله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسألة فان اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) أنها مجهولة واطلاقها يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه انما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها فيفضي الى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها ولا يوجد هذا في غيرها ولذلك منع اعارة الجارية الشابة لغير محرمها، وقال مالك اذا اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وان كان الى مكان بعيد كره لان اليسير تدخله المسامحة. ولنا ما روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملا واشترط ظهره الى المدينة وفي لفظ قال فبعته بأوقية واستثنيت حملانه الى أهلي متفق عليه وفي لفظ قال فبعته منه بخمس أواق قال قلت على أن لي ظهره الى المدينة قال «ولك ظهره الى المدينة» ورواه مسلم ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ولان المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما اذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضا مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير، ولم يصح نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وانما نهى عن شرطين في بيع فمفهومه اباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن

(فصل) وإن باعه أمة واستثنى وطئها مدة معلومة لم يجز لان الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه لان المكاتبة مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك، واختار ابن عقيل أنه لا يباح وطؤها أيضاً وهو قول أكثر الفقهاء.

(فصل) وان باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا فان كان عالما بذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه فان لم يعلم فله خيار الفسخ لانه عيب فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة، وان أتلف المشتري العين فعليه أجرة المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن المبيع، وان تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه أحمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل، قال القاضي معناه عندي القدر الذي نقصه البائع لاجل الشرط، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لانه يضمن مافات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل، فاما ان تلفت بغير فعله ولا بتفريطه لم يضمن. قال الاثرم: قلت لابي عبدالله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لانه كان له حملان قال لا انما شرط هذا عليه بعينه ولانه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة بثمرتها أو غير المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطا واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت، وقال القاضي عليه ضمانها أخذاً من عموم كلام أحمد واذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا

لان الحكم للاغلب، وكذا إن تساويا لان الاصل اعتبار الشرط في الجميع وانما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً ففيما عداه يبقى على الاصل

(مسئلة) (والحصاد واللقاط على المشتري)

(فصل) وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشتري أن يعطيه مايقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه أحمد لان حقه تعلق بها فأشبه ما لو استأجر عيناً فبذل له الآخر مثلها ولان البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها ، فان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما ولا يخرج عنهما ، وان أراد البائع اعارة العين أو اجارتها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لانها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها ولا يجوز اجارتها الا لمثله في الانتفاع ، فان أراد اجارتها أو اعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لا يجوز له اجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل

(فصل) اذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك لانه ههنا بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه ، وان أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله ، وان أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد وان تراضيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فاذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي ، ويحتمل أن لا يجوز لانه مشترط بحكم العادة والاستحسان لاجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فانه يجوز أن يرد في الخبز والخمير أقل أو أكثر ، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز ولانه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعا وهو مالو باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض الى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الدار وأجرتكها شهراً لم يصح لانه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فاذا أجره إياها فقد شرط ان يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح ، قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ومعناه أن يستأجر طحاناً ليطحن له كراء بقفيز منه فيصير كانه شرط عمله في القفيز عوضا عن عمله في باقي الكراء المطحون ، ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

(فصل) وان شرط في المبيع ان هو باعه فالبائع أحق به بالثمن فروى المروذي عنه أنه قال في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لاشرطان في بيع » يعني أنه فاسد لانه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه اياه بالثمن الاول فهما شرطان في بيع نهي عنهما ، ولانه ينافي مقتضى العقد لانه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان أو ان لا يبيعه أصلا ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود أنه قال ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها ان بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحمد الحديث فقال البيع جائز ولا تقربها لانه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في

وكذلك جواز الثمرة إذا اشتراها في شجرها لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ، ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لانهما من مؤنة تسليم المبيع الى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسلم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز التصرف فيها ،

ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساده، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط وفي رواية اسماعيل ابن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها، وقول احمد لا تقربها قد روي مثله فيمن اشترط في الامة ان لا يبيعها ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها ولا يقربها والبيع جائز واحتج بحديث عمر لا تقربها ولاحد فيها مثنوية، قال القاضي: وهذا على الكراهة لا على التحريم، قال ابن عقيل: عندي انه انما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا باع حائطا واستثنى منه صاعا لم يجز وان استثنى منه نخلة أو شجرة بعينها جاز)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (أحدها) أنه اذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعا أو آصعا أومداً أو أمداداً أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبدالله ومالك لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا الا أن تعلم رواه الترمذي وقال هو حديث حسن صحيح، وهذه ثنيا معلومة ولانه استثنى معلوما أشبه ما إذا استثنى منها جزءاً، ولنا أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا رواه البخاري ولان المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر والاستثناء يغير حكم المشاهدة لانه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز ويخالف الجزء فانه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها

(فصل) وان باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطاً واستثنى آصعاً وقال القاضي في شرحه يصح لان الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة، والصحيح ما ذكرناه وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط واليها أقرب، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق ههنا فلا يصح والله أعلم.

(الفصل الثاني) أنه اذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز ولا نعلم في ذلك خلافا وذلك لان المستثنى معلوم ولا يؤدي الى جهالة المستثنى منه، وان استثنى شجرة غير معينة لم يجز لان الاستثناء غير معلوم فصار المبيع والمستثنى مجهولين، وروي عن ابن عمر أنه باع ثمرته بأربعة آلاف واستثنى طعام الفيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معيناً بقدر طعام الفيان لانه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي ﷺ عن الثنيا الا أن تعلم ولان المستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا فلا يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام الفيان.

(فصل) وان استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلث او ربع أو أجزاء كسبعين

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(مسألة) (فان باعه مطلقا أو بشرط التبقية لم يصح)

إذا باع الثمرة قبل صلاحها أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط التبقية لم يصح اجماعا وقد ذكرناه

أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر وابن أبي موسى لا يجوز، ولنا أنه لا يؤدي الى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو اشترى شجرة بعينها وذلك لان معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثيها وقوله إلا ربعها معناه بعتك ثلاثة أرباعها ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز وكان معناه بعتك ثلثيه، ومنع منه القاضي أبو يعلى قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح افراده بالبيع وهذا معلوم ويصح افراده بالبيع فصح استثناؤه كالشجرة المعينة وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصيران شريكين فيه للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه.

(فصل) فان قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة الا مكوكا جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفضي الى الجهالة، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم الا بقدر درهم صح لان قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال بعتك ثلاثة ارباع هذه الثمرة أربعة دراهم ولو قال الا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل فيكون مجهولا فيبطل.

(فصل) وان باع قطيعاً واستثنى منه شاة بعينها صح وان استثنى شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة الا شاة يختارها أو يبيع ثمرة حائطه ويستثني ثمرة نخلات يعدها، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم ونهى عن بيع الغرر ولانه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول فلم يصح كما لو قال الا شاة مطلقة ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة تختارها من القطيع، وضابط هذا الباب أنه لا يصح استثناء مالا يصح بيعه مفرداً أو بيع ما عداه منفرداً عن المستثنى، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر وما عدا هذا فيبقى على الاصل.

(فصل) وان باع حيوانا مأكولا واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح نص عليه أحمد وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لان المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط فجوز له شراء اللحم دونها، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز لانه لا يجوز افراده بالعقد فلم يجز استثناؤه كالحمل، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة وشرطا له سلبها، وروى أبو بكر في الشافي باسناده عن جابر عن الشعبي قال قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروى يعني أن يعطى رأساً مثل رأس، ولان المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة، وكونه لا يجوز افراده بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأبير لا يجوز افرادها بالبيع بشرط التبقية ويجوز استثناؤها، والحمل مجهول ولنا فيه منع فان امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط

وكذلك إذا باعها ولم يشترط تبقية ولا قطعاً، وبه قال مالك والشافعي وأجازه أبو حنيفة لان اطلاق العقد يقتضي القطع فحمل عليه كما لو اشترطه قالوا: ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدليل قوله في الحديث « أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فلفظة المنع تدل على أن العقد

ثنياها فقال اذهبوا الى السوق فاذا بلغت أقصى ثمنها فاعطوه حساب ثنياها من ثمنها

(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه احمد قال أبو بكر لا يختلفون عن أبي عبدالله أنه لا يجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا ان تعلم ولانه مجهول لا يصح افراده بالبيع فلم يصح استثناؤه كفخذها، وان استثنى الحمل لم يصح استثناؤه لذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي واسحاق وأبو ثور لما روى نافع عن ابن عمر أنه باع جارية واستثنى مافي بطنها ولانه يصح استثناؤه في العتق فصح في البيع قياساً عليه ولنا ما تقدم والصحيح من حديث ابن عمر أنه اعتق جارية واستثنى مافي بطنها لان الثقاة الحفاظ حدثوا الحديث فقالوا أعتق جارية والاسناد واحد قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ولا يعتبر فيه شروط البيع

(فصل) وان باع جارية حاملا بحر فقال القاضي لا يصح ، وهو مذهب الشافعي لانه لا يدخل في البيع فكأنه مستثنى والاولى صحته لان المبيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر من حيث إنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناؤه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ولو استثناها باللفظ لم يجز ولو باع أرضا فيها زرع للبائع أو نخلة مؤبرة لوقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناها بقوله لم يجز

(فصل) ولو باع داراً إلا ذراعا وهما يعلمان ذرعان الدار جاز وكان مستثنيا جزءاً مشاعا منها لانه جزء معلوم يصح افراده بالبيع فجاز استثناؤه كثلثها وربعها، وان لم يعلما لم يجز لانه مجهول لا يجوز افراده بالبيع ولانه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز من الصبرة وهكذا الحكم اذا باعه ضيعة الاجريبا فتى علما جربان الضيعة صح والا فلا

(فصل) واذا باع سمسما واستثنى الكسب لم يجز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وكذا لو باعه قطنا واستثنى الحب لم يجز لجهالة ذلك ولان المستثنى غير معلوم ، ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز كذلك

(فصل) ولو باعه بدينار الا درهما أو الا قفيزاً من حنطة أو شعير لم يصح البيع لأنه قصد رفع قدر المستثنى من المستثنى منه وقدر ذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اشترى الثمرة دون الاصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الانصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وبه قال الشافعي في القديم ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى

يتأول معنى هو مقصود في الحال حتى يتصور المنع

ولنا النهي المطلق عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلناه من ان

أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه ولو كان واجباً لأجبره عليه لان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولانه لا يضمنه اذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه باتلاف غيره.

ولنا ماروى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً لم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » رواه مسلم وأبو داود ولفظه « من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً، على م يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟ » وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها في القليل والكثير (قلنا) الحديث ثابت رواه الائمة منهم الامام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن حرب وغيرهم عن ابن عيينه عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم ولا حجة لهم في حديثهم فان فعل الواجب خير فاذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً فأما الاجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير اقرار من البائع ولا حضور ولان التخلية ليست بقبض تام بدليل مالو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فانها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

(الفصل الثاني) أن الجائحة كل آفة لاصنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش لما روى الساجي باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل وفي الريح وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع اليه، وأما ما كان بفعل آدمي فقال القاضي المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة

(الفصل الثالث) أن ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها الا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت اليه . قال أحمد اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما الثلث ولكن اذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع. وفيه رواية أخرى أن ما كان بعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع منها الوصية وعطايا المريض ، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى الثلث . قال الاثرم قال أحمد انهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسئلة ولان الثلث في حد الكثرة ومادونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثلث والثلث كثير » فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به ، ووجه الاول عموم الاحاديث

اطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي بشرط فيه التبقية يتناولهما النهي جميعا ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها

(فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (احدها) ان يبيعها

فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع، وان كان قليلا كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . إذا ثبت هذا فانه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب فان تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن، وأما على الرواية الاخرى فانه يعتبر ثلث المبلغ وقيل ثلث القيمة فان تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن، وإذا اختلفا في الجائحة أو قدرما أتلف فالقول قول البائع لان الاصل السلامة ولانه غارم والقول في الاصول قول الغارم

(فصل) فان بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى اجتيحت فقال القاضي عندي لا يوضع عنه لانه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فامكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لان تلفها بتفريطه، وإن تلفت قبل امكان قطعها فهي من ضمان بائعها كالمسئلة قبلها

(فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع فلاشيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا لان المعقود عليه منافع الارض ولم تتلف وانما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الخرقي أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه سواء كان متعيناً كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول اسحاق، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن أبي سليمان أن كل مابيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه، وماليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ماليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل، وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشتري واستدل بحديث ابن عمر : ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشتري . وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى مافي السفينة صبرة ولم يسم كيلا فلا بأس أن يشركه فيها ويبيع ماشاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولي حتى يكال عليه ونحو هذا قال مالك فانه قال : ما بيع

منفردة لغير مالك الاصل فلا يصح وهذا الذي ذكرناه وبينا بطلانه (الثاني) ان يبيعها مع الاصل فيجوز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع » متفق عليه ولانه اذا باعها مع الاصل حصلت تبعا في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما

من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه ، وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبدالله بن عمر يقول: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع . رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقاً وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولان المبيع المعين لايتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ، ونقل عن احمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزوناً أو لم يكن وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لايدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه فان الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولايشرب قبل قبضه وقال الاثرم سألت أبا عبدالله عن قوله نهى عن ربح ما لم يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه، قال ابن عبدالبر الاصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فمفهومه اباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، وروى ابن عمر قال : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤوه الى رحالهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه» متفق عليهما ولمسلم عن ابن عمر قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه أن نبيعه حتى ننقله من مكانه وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيصه على المبيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ، ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك ووجه قول الخرقي أن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزوناً أو معدوداً فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه اراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه وهذا أظهر دليلا وأحسن. إذا ثبت هذا فانه ان تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن ، وان تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وان أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل ان كان مثليا وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، وان أتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي لانه أتلفه من يلزمه ضمانه فأشبه ما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعي ينفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لاغير لانه تلف يضمنه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه فان إتلافه يقتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء .

احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة وأساسات الحيطان (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الاصل نحو أن تكون للبائع ولم يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمرة نخله فيبيعها لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح وهو المشهور عن مالك وأحد الوجهين لأصحاب

(فصل) ولو تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي فالمشتري مخير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لانه ان رضيه معيبا فكأنه اشترى معيبا هو عالم بعيبه ولا يستحق شيئا من أجل العيب ، وان فسخ العقد لم يكن له اكثر من الثمن لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له اكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه كان أولى ،وان تعيب بفعل المشتري أوتلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك لأ نه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره،وان كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب ، وقياس قول الشافعي أن يكون بمنزلة مالو تلف بفعل الله تعالى ، وان كان بفعل اجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فان كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه ، وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له، وكذلك إن كانت في يد أجنبي فهو كاتلافه فان لم تكن في يد أحد انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصا بطعام فقبض الشاة أو العبد أو باعها أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لانه كمل قبل فسخ العقد ، ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك لتعذر رده وعلى الشفيع مثل الطعام لانه عوض الشقص

﴿مسئلة﴾ قال (وما عداه فلا يحتاج فيه الى قبض وإن تلف فهو من مال المشتري)

يعني ما عدا المكيل والموزون والمعدود فانه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه ، وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار وقال الشافعي كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله لان ابن عباس قال : أرى كل شيء بمنزلة الطعام ولان التسليم واجب على البائع لانه في يده فاذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعدود . ولنا قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه ، وقول ابن عمر مضت السنة ان ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع ولانه لا يتعلق به حق توفية وهو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له

(فصل) والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع لانه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون، قال أحمد لو اشترى من رجل عبداً بعينه فمات في يد البائع فهو من مال المشتري الا أن يطلبه فيمنعه البائع فهو ضامن لقيمته حين عطب ، ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن

الشافعي لانه يجتمع الاصل والثمرة للمشتري أشبه ما لو اشتراهما معاً، ولانه إذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لاصولها فصح كبيعها مع أصلها (والثاني) لايصح وهوالوجه الثاني لاصحاب الشافعي لان العقد تناول الثمرة خاصة والغرر فيما تناوله العقد

(فصل) وقبض كل شيء بحسبه فان كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض . وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لانه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضاً له كالعقار . ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكتل » رواه البخاري، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كيلا ، وإن بيع جزافا فقبضه نقله لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشتروا طعاما جزافا أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه وفي لفظ كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه الى مكان سواه قبل أن نبيعه، وفي لفظ: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله رواهن مسلم، وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل، وقد دل على ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا سميت الكيل فكل » رواه الاثرم . وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد ، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها ، وان كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه ، وان كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه ، وقد ذكره الخرقي في باب الرهن فقال : إن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولا ، وإن كان مما لا ينقل فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ، ولان القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف كالاحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا

(فصل) وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع لان عليه تقبيض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة الذي يعد المعدودات ،وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري لانه لا يتعلق به حق توفية نص عليه أحمد

(فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى ما يحتاج الى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه)

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه وكل ما يحتاج إلى قبض اذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولانه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم ولم أعلم بين أهل العلم خلافا إلا ما حكي عن البتي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه ، وقال ابن عبد البر وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت اليه ، وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين وروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والاوزاعي وإسحاق ، وعن

أصل يمنع الصحة كما لو كانت الاصول لاجنبي ولانها تدخل في عموم النهي بخلاف ما اذا باعها معاً فانه مستثنى بالخبر المذكور، ولان الغرر فيما يتناوله العقد أصل يمنع الصحة ولا يمنع إذا تناوله تبعاً فانه يجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كاللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما، وان باعه الثمرة بشرط

أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل قبضه اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال « انههم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمنوه » ولانه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون

ولنا ما روى ابن عمر قال : كنا نبيع الابل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر انه كان على بكر صعب — يعني لعمر — فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جمله ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه ، ولانه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة فانه يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ، ولانه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه ، فأما أحاديثهم فقد قيل لم يصح منها الا حديث الطعام وهو حجة لنا بمفهومه فان تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه ، وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك متحقق وأكثر ما فيه تخلف القبض ، واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) ومالا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه . قال القاضي : ولو ابتاع شيئا مما يحتاج الى قبض فلقيه ببلد آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله وان تراضيا لانه مبيع لم يقبض ، فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه وان كان في سلم لم يجز أخذ البدل عنه لانه أيضاً لا يجوز بيعه

(فصل) وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبدل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود ، ومالا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف لان المطلق للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة والمهر كذلك عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لان العقد لا ينفسخ بهلاكه وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لانه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لا يمنع الرجوع

القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له

(فصل) وإذا باع الزرع الاخضر من غير شرط القطع مع الارض جاز كبيع الثمرة مع الاصل وان باعه لمالك الارض منفرداً ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة ، واختار أبو الخطاب الجواز

فيه قبل الدخول ،وأما ماملك بارث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فانه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لانه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . وان كان لانسان في يد غيره وديعة أو عارية أومضاربة أوجعله وكيلا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لانه عين مال مقدور على تسليمها لايخشى انفساخ الملك فيها فجاز بيعها كالتي في يده ،وان كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده لانه مقبوض معه فأشبه بيع العارية ممن هي في يده وأما بيعه لغيره فان كان عاجزاً عن استنقاذه أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه له لانه معجوز عن تسليمه اليه فأشبه بيع الآبق والشارد وان ظن انه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لامكان قبضه فان عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لان العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبه مالو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه

(فصل) وان كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمرو مثل ذلك الطعام سلما فقال زيد لعمرو اذهب فاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه وهل يصح القبض لزيد ؟ على روايتين (إحداهما) يصح لانه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله (والثانية) لا يصح لانه لم يجعله نائباً له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الاول يصير ملكا لزيد وعلى الثاني يكون باقياً على ملك المسلم اليه ، ولو قال زيد لعمرو احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل لم يصح وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضاً لنفسه لان قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه فصح القبض له كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا اذا قبضه لعمرو صح وان قال خذه بهذا الكيل الذي قد شاهدته فأخذه به صح لانه قد شاهد كيله وعلمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية وعنه لايجزيء وهو مذهب الشافعي لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، وهذا داخل فيه ولانه قبضه بغير كيل أشبه مالو قبضه جزافا ،ولو قال زيد لعمرو احضرنا حتى اكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت وفعلا صح بغير اشكال ،وان اكتاله زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذي شاهده فعلى روايتين ، وان تركه زيد في المكيال ودفعه الى عمرو ليفرغه لنفسه صح، وكان ذلك قبضا صحيحاً لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولا معنى لابتداء الكيل ههنا اذ لا يحصل به زيادة علم، وقال أصحاب الشافعي:لا يصح لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان،وهذا يمكن القول بموجبه وقبض المشتري له في المكيال جري لصاعيه فيه ، ولو دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشتر لك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لان دراهم زيد لايكون عوضها لعمرو فان اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي على ما نبين ، وان قال اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وان قال اقبضه لنفسك ففعل جاز نص احمد على نظير ذلك ، وهكذا جميع المسائل التي تقدمت اذا حصل الطعام في يد عمرو لزيد فاذن له أن يقبض من نفسه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لانه لا يجوز أن يكون

وان باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له فهو كبيع الثمرة لمالك الاصل

(فصل) واذا اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ثم نبت فهو لصاحب الارض لان المشتري

قابضاً لنفسه من نفسه . ولنا أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا

(فصل) وان اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين كرها ان يبيع الرجل من شريكه شيئاً مما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه لانه لم يقبض نصيبه منفرداً فأشبه غير المقبوض ، ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع احدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا ثم باعه إياه بذلك الكيل، وان لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين تقدمتا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع)

وجملته ان ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لانها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة. ولنا أن هذه أنواع بيع فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فان الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه ولانه تمليك لغير من هو في ذمته فأشبه البيع وفارق الاقالة فانها فسخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه

(فصل) وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان لانهما نوعان من انواع البيع، وانما اختصا باسماء كما اختص بيع المرابحة والمواضعة باسماء . فاذا اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال أشركتك صح وصار مشتركا بينهما ، وان قال ولني مااشتريته بالثمن فقال وليتك صح اذا كان الثمن معلوما لهما فان جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرقم ، ولو قال اشركني فيه أو قال الشركة فيه فقال اشركتك أو قال ولني مااشتريت ولم يذكر الثمن صح اذا كان الثمن معلوما لان الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا أطلق اسمه انصرف اليه كما لو قال اقلني فقال اقلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به عبدالله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيتلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئا فقال له رجل اشركني فأشركه انصرف الى نصفه لانها باطلاقها تقتضي التسوية ، فان اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه فقال لهما رجل اشركاني فيه فقالا أشركناك احتمل أن يكون له النصف لان اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف فكذلك حال الاجتماع ، ويحتمل أن يكون له الثلث لان الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي الا بجعله بينهم أثلاثاً وهذا أصح لان اشراك الواحد انما اقتضى

ترك الاصول على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يدعها ولذلك أبيح التقاطها ، ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الارض نص أحمد على هاتين المسئلتين ، ومما يؤكد هذا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما

النصف لحصول التسوية به وان اشركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل واحد منهما الربع ، وان قال اشركاني فيه فأشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذى اشركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولي فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه على الوجهين ، ولو قال لأحدهما أشركني في نصف هذا العبد فاشركه فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه والا فله نصف حصة الذى أشركه ، وان اشترى عبدا فلقيه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد اشركتك فله نصفه ،فان لقيه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لان طلبه للاشراك رجع الى ماملكه المشارك وهو النصف فيكون بينهما،وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة فاذا قال له اشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه (أحدها) ان يصير له نصف العبد كله ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه الى ذلك فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضي (الثاني) أن ينصرف قوله شركتك فيه الى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على اجازة صاحبه على احدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بيع بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه (والثالث) أن لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال لان الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له الا نصف العبد فينصرف إيجابه الى نصف ملكه وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه الا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيجيزه الآخر ويحتمل ان لا تصح الشركة أصلا لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة مالو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض كله لان البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض وان قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بقسطه من الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكره القاضي ، والصحيح ان شاء الله تعالى انه تنصرف الشركة الى النصف كله فيكون تابعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة فلا يصح في الربع الذي ليس بمقبوض وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين

(فصل) فاما الحوالة فمعناه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذي

يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه

(مسئلة) (فان باعها بشرط القطع ثم تركه المشتري حتى بدا الصلاح واشتد الحب وطالت الجزة وحدثت ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى عرية ليأكلها رطباً فأثمرت بطل البيع ، وعنه لا يبطل

اشتراه فيقول لغريمه اذهب فاقبض الطعام الذي اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك لانه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا في الفصل الذي قبل هذه المسئلة

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجز أن يبيعه من غيره قبل قبضه لانه غير قادر على تسليمه ، ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب لحديث ابن عمر كنا نبيع الابعرة بالبقيع بالدراهم فنأخذ مكانها الدنانير . وهذا مذهب الشافعي ، وروي أنه لا يصح كما لا يصح في السلم والاول أولى، فان اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين فان أعطاه معيناً مما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الحنطة شعيراً جاز ولم يجز التفرق قبل القبض وان أعطاه معينا لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل ان لايجوز لان المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وإذا قال رجل لغريمه بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل فالشرط باطل لانه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يبطل البيع؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع هل تبطله على الروايتين ، وان قال اقضني حقي على أن أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لانه قبضه حقه، وإن قال اقضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا وكذا فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله .

(مسئلة) قال (وليس كذلك الاقالة لانها فسخ وعن أبي عبد الله الاقالة بيع)

اختلفت الرواية في الاقالة فعنه أنها فسخ وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي (والثانية) أنها بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه فلما كان الاول بيعاً كذلك الثاني ،ولانه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعا كالاول وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه،ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الدفع والازالة يقال أقالك الله عثرتك أي أزالها قال النبي صلى الله عليه وسلم «من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة» قال ابن المنذر وفي اجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع اجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الاقالة ليست بيعا ، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعاً كالاسقاط ولانها تتقدر بالثمن الاول ، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به ، ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب ويدل على أبي حنيفة بان ماكان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص ، والاصل اعتبار الحقائق

ويشتركان في الزيادة وعنه يتصدقان بها)

اختلفت الرواية فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل اختارها الخرقي ، وقال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشتري

(فصل) فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر: لا بدفيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة ، ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أواختلاف المتبايعين، وفارق العدة فانها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا . فان قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لان بيعه من بائعه قبل قبضه لايجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة ان كانت فسخا لانها رفع للعقد وازالة له ، وليست بمعاوضة فأشبهت سائر الفسوخ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث ، ولو كانت بيعاً استحقت بها الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ، ولاتجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أوبيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية، وفيه وجه آخر أنها تجوز باكثر من الثمن الاول وأقل منه اذا قلنا إنها بيع كسائر البياعات فان قلنا لاتجوز إلا بمثل الثمن الاول فأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقيا للمشتري وبهذا قال الشافعي،وحكي عن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظ الاقالة اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فبطل وبقي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ ،ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فبطل كبيع درهم بدرهمين ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا شرط زيادة أو نقصاناً أخرج العقد عن مقصوده فبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ، ويفارق سائر الفسخ لانه لا يعتبر فيه الرضا منهما بل يستقل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه ، وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً لانه لا يستحق أكثر من الفسخ ، وفي مسئلتنا لا تجوز الاقالة الا برضاهما وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الاقالة لعدم رضاه بها .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها)

هذه المسئلة تدل على حكمين (أحدهما) اباحة بيع الصبرة جزافا مع جهل البائع والمشتري بقدرها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وقد نص عليه أحمد ودل عليه قول ابن عمر : كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى تنقله من مكانه متفق عليه ، ولانه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولايمكن بسطها حبة حبة ولان الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكتفي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان نشره لايشق ولم تختلف أجزاؤه ولايحتاج إلىمعرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ماشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أوجزءاً منها معلوماً جاز لان ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان ، ولان جملتها معلومة

الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول اكثر الفقهاء لان اكثر مافيه ان المبيع اختلط بغيره فأشبه مالواشترى حنطة فانثالت عليها أخرى أوثوباً فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فرس أوتوانا حتى صار شعيراً فان أرادبه حيلة فسدالبيع وانتقض

بالمشاهدة فكذلك جزؤها : قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الاجزاء فان كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ويحتمل أن يصح لانه يشتري منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والمثمنات في صحة بيعها جزافا ، وقال مالك لا يجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة فاشبه المثمنات والنقرة والحلي ويبطل بذلك ماقاله ، وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ولم يعدهم وكذلك الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها (الحكم الثاني) أنه إذا اشترى الصبرة جزافاً لم يجز له بيعها حتى ينقلها نص عليه أحمد في رواية الاثرم وعنه رواية أخرى له بيعها قبل نقلها . اختارها القاضي وهو مذهب مالك لانه مبيع متعين لا يحتاج إلى حق توفية فأشبه الثوب الحاضر.

ولنا قول ابن عمر ان كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه . وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه » مع ما ذكرنا من الاخبار ، وروى الاثرم باسناده عن عبيد بن حنين قال : قدم زيت من الشام فاشتريت منه أبعرة وفرغت من شرائها فقام الي رجل فأربحني فيها ربحا فبسطت يدي لأبايعه فاذا رجل يأخذني من خلفي فنظرت فاذا زيد بن ثابت فقال : لا تبعه حتى تنقله الى رحلك فان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك فاذا تقرر هذا فان قبضها نقلها كما جاء في الخبر ولان القبض لو لم يعين في الشرع لوجب رده الى العرف كما قلنا في الاحياء والاحراز ، والعادة في قبض الصبرة النقل

(فصل) ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجعل الرديء في باطنها أو المبلول ونحو ذلك لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بللا فقال « ياصاحب الطعام ما هذا ؟ » قال أصابته السماء يارسول الله قال « أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ » ثم قال « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، فاذا وجد ذلك ولم يكن المشتري علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما لانه عيب ، وان بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري لانه زيادة له، وان علم البائع ذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة به وان لم يكن علم فله الفسخ كما لو باع بعشرين درهما فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع ، وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً ويحتمل أنه لا خيار له لان الظاهر انه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة)

نص أحمد على هذا في مواضع وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وبه قال مالك واسحاق وروي ذلك عن طاوس . قال مالك : لم يزل اهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد أن هذا مكروه غير

وجعل بعض أصحابنا هذا رواية ثالثة فيمن قصد التبقية وإلا لم يفسد ، قال شيخنا : والظاهر أن هذا يرجع إلى مانقله أحمد بن سعيد فانه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد على صحة البيع على من لم يرد حيلة فان أراد الحيلة لم يصح بحال ، وقد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة ، ووجه الرواية الاولى

محرم فان بكر بن محمد روى عن أبيه أنه سأله عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله وقلت له إن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فان أحب أن يرده رده قال هذا تغليظ شديد ولكن لا يعجبني اذا عرف كيله الا أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء ، ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لانه اذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى ؟ ووجه الاول ماروى الاوزاعي أن النبي ﷺ قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافا حتى يبينه » قال القاضي ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله ، والنهي يقتضي التحريم وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ، ولان الظاهر أن البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشتري والغش له ولذلك أثر في عدم لزوم العقد، وقد قال عليه السلام « من غشنا فليس منا » فصار كالودلس العيب فان باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام احمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم، وهو قول مالك والشافعي لان المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه ، ولم يثبت ما روي من النهي فيه وانما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولان استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغرير ، وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كما لو اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وان لم يعلم أن البائع كان عالما بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ؟ وذهب قوم من أصحابنا الى أن البيع فاسد لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد

(فصل) وان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله تم البيع والقبض وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا فان كان المبيع باقيا كاله عليه فان كان قدر حقه الذى أخبره به فقد استوفاه ، وإن كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصاً أخذ النقص وان كان قد تلف فالقول قول القابض في قدره مع يمينه سواء كان النقص قليلا أو كثيراً لان الاصل عدم القبض وبقاء الحق ، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لان للبائع فيه علقة فانه لو زادكانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لا يجوز لانه لايجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، وان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافا فاما ان أعلمه بكيله ثم باعه اياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء كان زائداً أو ناقصاً لم يجز لما روى الاثرم باسناده عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ فقال « اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الغرارة كذا وكذا وابتعتها بكذا وكذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد إذا أخبره البائع ان في كل قارورة منا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع وقطعه بالاجماع فيبقى فيما عداه على أصل التحريم ، ولان التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فابطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقابض فيما يشترك القبض فيه ، ولان

إذا فتح فسد قال فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي؟

(فصل) ولو كال طعاما وآخر ينظر اليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان؟ على روايتين نص عليهما (إحداهما) لا يحتاج الى كيل لانه شاهد كيله فأشبه مالو كيل له (والثانية) يحتاج الى كيل لانه بيع فاحتاج الى كيل للاخبار والقياس على البيع الاول ولو كاله البائع المشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا في التي قبلها ، ولو اشترى اثنان طعاما فاكتالاه ثم ابتاع أحدهما حصة شريكه قبل تفرقهما فقال أحمد في رواية حرب : اذا اشتريا غلة أو نحوها وحضراها جميعاً وعرفا كيلها فقال أحدهما لشريكه بعني نصيبك وأربحك فهو جائز وان لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا يجوز إلا بكيل ، قال ابن أبي موسى وفيه رواية أخرى لابد من كيله ووجهها ما تقدم، قال القاضي ومعنى الكيل في هذه المسائل أنه يرجع في قدره الى قول القابض اذا كان النقص يسيراً يقع مثله في الكيل فالقول قوله مع يمينه، وان كان لا يقع مثله في الكيل لم يقبل قوله لأنا نتحقق كذبه بخلاف مسائل الفصل الذي قبله لانه لم يكل بحضرته ، والظاهر أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضي ، وفائدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضي وأنه لا يجوز للمشتري التصرف فيه الا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله وان باعه للثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يفتقر الى كيل ثان والقبض فيه بنقله كسائر الصبر

(فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكتل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار قال لا يجوز، وقال في رجل ابتاع اعكاما كيلا وقال للبائع كل لي عكما منها واحداً واحداً مابقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها ، وقال الثوري: كان أصحابنا يكرهون هذا، وذلك لان مافي العكوم يختلف فيكون في بعضها أكثر من بعض فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض والجوز يختلف عدده فيكون في أحد المكتلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزن بالكيل

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى صبرة على ان كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز)

وجملة ذلك أنه إذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويبطل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كبيع المتاع برقمه. ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته الى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها فيعلم مبلغه فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهما درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا، ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر مايقابل كل جزء من المبيع فصح كالاصل المذكور، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي ﷺ بالتمر

(فصل) ولو قال بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال عشرة أقفزة وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح، وحكي عن داود أنه لا يصح لانه غير مشاهد ولا موصوف ، ولنا أن المبيع مقدر معلوم من

صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ، ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع ، وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع

جملة يصح بيعها أشبه اذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح فانه اذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لانه بعضها

(فصل) وإن قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من للتبعيض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا، ويحتمل أن يصح البيع كما يصح في الاجارة كل دلو بتمرة وكل شهر بدرهم، وان قال بعتك هذه الصبرة الاخرى بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أزيده أم ينقصه، ولوقال على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لان القفيز مجهول ولو قال أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك هذه وقفيزا من هذه الاخرى بعشرة دراهم وان قال على أن أنقصك قفيزا لم يصح لان معناه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا كل قفيز بدرهم وشيء مجهول، ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لافضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً وشيئاً بدرهم والشيء لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان، ولو قصد أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها، وان كانت الصبرة معلوما قدر قفزانها لهما أوقال هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم، وان لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح، وان أراد اني لا أحسب عليك بثمن قفيز منها صح أيضا لانهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن، ولو قال على أن أنقصك قفيزا صح لان معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لانه يجيز الشرط الواحد، ولا يصح هذا لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي يفضي الى جهالة

(فصل) ولو باع مالا تتساوى أجزاؤه كالارض والثوب والقطيع من الغنم ففيه نحو من مسائل الصبر وان قال بعتك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح اذا كان مشاهدا أو قال بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح أيضا فان قال بعتكه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة، وان قال بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح لانه مجهول، وان باعه شاة من القطيع لم يصح لان شياه القطيع غير متساوية القيم فيفضي ذلك الى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة فانه يصح لان أجزاءها متساوية، وان باعه ذراعا من الدار أو عشرة أذرع منها يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح كذلك، وان أرادا مشاعا منها وهما يعلمان عدد ذرعانها صح وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يصح لان الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول.

ولنا أن عشرة من مائة عشرها ولو قال بعتك عشرها صح فكذلك اذا قال بعتك عشرة من مائة وما ذكروه غير مسلم بل هو عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر فاذا أضافه الى جملة كان

تبعاً للاصل كسائر نماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان، ونقل ابن أبي موسى في الارشاد أن البائع والمشتري يشتركان في الزيادة وان قلنا لا يبطل العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكها فان الثمرة ملك المشتري والاصل ملك البائع وهو سبب الزيادة وقال القاضي

ذلك جزأ منها وان اتفقا على أنهما أرادا قدرا منها غير مشاع لم يصح البيع ، وان كانا لايعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة ، وان قال بعتك من الدار من ههنا الى ههنا جاز لانه معلوم وان قال عشرة أذرع ابتداؤها من ههنا الى ههنا الى حيث ينتهي الذرع لم يصح لان الذرع يختلف والموضع الذي ينتهي اليه لا يعلم حال العقد، ولوقال بعتك نصيبي من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها أو قال نصيبا منها أو سهما لم يصح لانه مجهول وان علما ذلك صح ، وان قال بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدري الى أين ينتهي فيكون مجهولا .

(فصل) ولو باعه عبداً من عبدين أو أكثر لم يصح ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه وان كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الغرر ، ولنا أن ما تختلف اجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعا كالاربعة وما لايصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالاربعة ولا حاجة الى هذا فان الاختيار يمكن قبل العقد ثم ما قالوه يبطل بالاربعة .

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه اذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع الى هذا الموضع صح فان كان مما لا ينقصه القطع قطعاه وان كان مما ينقصه القطع وشرط البائع أن يقطعه له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز وان تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الارض ، وقال القاضي لا يصح لانه لا يقدر على التسليم إلا بضرر فأشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان، ولنا أن التسليم ممكن ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضيه البائع كما لو باعه نصفاً من الحيوان مشاعا وفارق نصف الحيوان المعين فانه لا يمكنه تسليمه مفردا الا باتلافه واخراجه عن المالية .

(فصل) اذا قال بعتك هذه الارض أو هذا الثوب علي أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ففيه روايتان (احداهما) البيع باطل لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وانما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وانما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضا (والثانية) البيع صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة، فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيراً وان أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد فان رضي بالاخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين (أحدهما) له الفسخ لان عليه ضررا في المشاركة (والثاني) لا خيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغريره واخباره بخلاف غيره فلاينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لانها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وان تراضيا على ذلك

الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن، وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب والاول أظهر لما ذكرنا فان الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان له فيها حق بخلاف سمن العبد فانه لايتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب ، فانه لا يستحب

جاز ، فان بان تسعة ففيه روايتان (إحداها) يبطل البيع لما تقدم (والثانية) البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والامساك بتسعة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له امساكه الا بكل الثمن أو الفسخ بناء على قولهم إن المعيب ليس لمشتريه الا الفسخ أو امساكه بكل الثمن

ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له امساكه بقسطه من الثمن كالصبرة اذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين أن المعيب له امساكه واخذ ارشه فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه انما رضي ببيعها بهذا الثمن كله واذا لم يصل اليه كان له الفسخ فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذي رضيه فأشبه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن .

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لانه لا ضرر في الزيادة وان بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لا يكون قبضها الا بالكيل فاذا كالها فوجدها قدر حقه أخذها وان كانت زائدة رد الزيادة وان كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين

(أحدهما) له الخيار وهو مذهب الشافعي لانه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كتغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

(فصل) إذا باع الادهان في ظروفها جملة ، وقد شاهدها جاز لان أجزاءها لا تختلف فهو كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف ، وان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منها أو أرطالا معلومة يعلم ان فيها أكثر منها أو باعه جزءاً مشاعا أوأجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثمن فان لم يعلما ذلك جاز أيضا لانه قدرضي ان يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم ،وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر ، والاول أصح لان بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك فكذلك إذا جمعهما كالارض المختلفة الاجزاء والثياب وغيرها ، وأما ان باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعا وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه إذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطلا كان معناه بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعا أو زنة أحدهما لذلك

(فصل) وإن وجد في ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق : ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، والزمه شريح بقدر الرب سمنا بكل حال وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجده ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب

للبائع أن يأخذ من المشتري مالا يستحقه ، بل ذلك حرام عليه فكيف يستحب وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لان عين المبيع زاد بجهة محظورة ، قال الثوري إذا اشترى فصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ، ولان الامر اشتبه في هذه الزيادة فكان

سمنا . ولنا أنه وجد المبيع المكيل ناقصا فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة ، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا ههنا . فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن ، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضيا على اعطائه سمنا جاز والله أعلم

﴿ باب المصراة وغير ذلك ﴾

التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة

رأيت غلاما قد صرى في فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

وماء صري وصر إذا طال استنقاعه قال البخاري أصل التصرية حبس الماء يقال صريت الماء ويقال للمصراة المحفلة وهو من الجمع أيضا ، ومنه سميت مجامع الناس محافل والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا تصروا» وقوله «من غشنا فليس منا» وروى ابن ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم» رواه ابن عبد البر ولا يحل خلابة لمسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشترى مصراة وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها وصاعا من تمر)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن من اشترى مصراة من بهيمة الانعام لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه لا خيار له لان ذلك ليس بعيب بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فانه بخير النظرين بعد أن يحتلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر» متفق عليه، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن ردها رد معها مثل أومثلي لبنها قمحا» رواه أبو داود ، ولان هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعرها، وقياسهم يبطل بتسويد الشعر فان بياضه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلسه ثبت له الخيار، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من الاكل والشرب فلا معنى لحمله على الحمل ، وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى. إذا تقرر هذا فانما يثبت الخيار بشرط أن

الاولى الصدقة بها ، قال شيخنا : ويشبه أن يكون هذا استحباباً لان الصدقات بالشبهات مستحبة فان أبيا الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة هي ما بين قيمتها يوم الشراء وقيمتها يوم أخذها، قال القاضي: ويحتمل أنه ما بين قيمتها قبيل بدو صلاحها وقيمتها بعده لان الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري

لا يكون المشتري عالماً بالتصرية فان كان عالماً لم يثبت له الخيار ، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولان انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله فلم يجعل ذلك رضى كما لو تزوجت عنينا ثم طلبت الفسخ ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك ولانه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع ، ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة واستمر على كثرته لم يكن له الرد ، وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ، ولان التدليس كان موجودا حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن ، ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ولم يوجد فامتنع الرد ، ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ، ولان الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر

(الفصل الثاني) أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن ، وهذا قول كل من جوز ردها وهو مقدر في الشرع بصاع من تمر كما في الحديث الصحيح الذي أوردناه ، وهذا قول الليث واسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد لان في بعض الحديث « ورد معها صاعا من طعام » وفي بعضها « ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً » فجمع بين الاحاديث وجعل تنصيصه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة ، ونص على القمح لانه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف: يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة

ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وهو المعتمد عليه في هذه المسئلة وقد نص فيه على التمر فقال «ان شاء ردها وصاعا من تمر» وفي لفظ للبخاري «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» وفي لفظ لمسلم رواه ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم «ورد صاعا من تمر لا سمراء» وفي لفظ له «طعاماً لا سمراء» يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام ههنا التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد ، وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً ثم قد شك فيه الراوي وخالفته الاحاديث الصحاح فلا يعول عليه، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يلتفت اليه ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ودفعاً للتنازع كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الاثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعا صاعا من تمر مع اختلاف لبنها (والثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا وان أمكن أن يكون كذلك فيتعين ايجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع إيجابها فلا يجوز أن يعدل عنها

بنمائها لا حق للبائع فيها ، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الاخضر إذا أدجن لأنه في معنى الثمرة وهذا إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فان قصد ذلك فالبيع

وإذ قد ثبت هذا فانه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب لانه واجب باطلاق الشارع فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ولا يجب أن يكون من الاجود بل يجوز أن يكون من أدنى مايقع عليه اسم الجيد ،ولافرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة أو أقل أو أكثر نص عليه أحمد وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لان التمر بدل اللبن قدره الشرع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك سيده ،وان عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد لانه بمثابة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها

(فصل) وان علم بالتصرية قبل حلبها مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لان التمر انما وجب بدلا للبن المحتلب ولذلك قال رسول الله ﷺ « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها لبنا ههنا فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك قال ابن عبد البر هذا مالا خلاف فيه، وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنها ولا يلزمه أيضا شيء لان المبيع اذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله فان أبى البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك اذا كان بحاله لم يتغير، وقيل لا يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولانه قد نقص بالحلب وكونه في الضرع أحفظ له ، ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل كسائر المبدلات مع ابدالها والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « ففي حلبتها صاع من تمر »ولما ذكرنا من المعنى ، وقولهم ان الضرع أحفظ له لا يصح لانه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام وبقاؤه يضر بالحيوان،وان كان اللبن قد تغير ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهذا قول مالك للخبر ولانه قد نقص بالحموضة أشبه مالو أتلفه (والثاني) يلزمه قبوله لان النقص حصل باستعلام المبيع وبتغرير البائع وتسليطه على حلبه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) وإذا رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجدبها عيباً آخر ردها به لان رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما اشترى أعرج فرضي بعيبه ثم أصاب به برصاً وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لانه قد جعل عوضاً له فيما اذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقا

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ثم ان لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لان ما حدث من اللبن بعد العقد حدث على ملك المشتري ،وان كان فيه لبن حال العقد الا أنه شيء لايخلو الضرع من مثله في العادة فلا شيء فيه لان مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له في العادة فهو تابع لما حدث ، وان كان كثيراً وكان قائماً بحاله فهل له رده ؟ ينبني على رد لبن التصرية وقد سبق ، فان قلنا ليس له رده كان بقاؤه كتلفه ، وهل له أن يرد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئاً فتلف منه جزء أو تعيب ، والاشهر في المذهب أنه يرده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن لانه من ذوات الامثال ، والاصل ضمان ما كان من المثليات بمثله الا أنه خولف في لبن التصرية بالنص ففيما عداه يبقى على الاصل ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا

باطل من أصله لانه حيلة محرمة ، وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم للقصد والبيع صحيح وقد ذكرنا ذلك في تحريم الحيل

(فصل) فان حدثت ثمرة أخرى أو باع شجراً فيه ثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، فان تميزت

(الفصل الثالث في الخيار) اختلف أصحابنا في مدته فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها ولا امساكها بعدها فان أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد ، قال وهو ظاهر كلام أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى أن النبي ﷺ قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ان شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم قالوا فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيها لانها في اليوم الاول لبنها لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك في الثالث ، فاذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها ، وقال أبو الخطاب عندي متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به اذا تبينه كسائر التدليس ، وهذا قول بعض المدنيين فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة لان الظاهر أنه لا يحصل العلم الا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهرا فان حصل العلم بها أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس ، وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي وحكاه عن الشافعي نصاً لظاهر حديث رسول الله ﷺ فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها وانما يثبت عقبها ، وقول أبي الخطاب يسوي بين الايام الثلاثة وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب لان الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس

﴿مسألة﴾ قال (وسواء كان المشترى ناقة أو بقرة أو شاة)

جمهور أهل العلم على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة وشذ داود فقال لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لان الحديث « لا تصروا الابل والغنم » فدل على ان ما عداهما بخلافهما ولان الحكم ثبت فيهما بالنص والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وفي حديث ابن عمر « من ابتاع محفلة » ولم يفصل ، ولانه تصرية بلبن من بهيمة الانعام أشبه الابل والغنم ، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لان لبنها أغزر وأكثر نفعاً، وقولهم إن الاحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن رد معهن كل مصراة صاعا ، وبهذا قال الشافعي وبعض أصحاب مالك وقال بعضهم في الجميع صاع واحد لان رسول الله ﷺ قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولنا عموم قوله «من اشترى مصراة - و- من اشترى محفلة » وهذا يتناول الواحدة ولان ما جعل عوضاً عن الشيء في صفقتين وجب إذا كان في صفقة واحدة كأرش العيب ، وأما الحديث فان الضمير يعود الى الواحدة

(فصل) فان اشترى مصراة من غير بهيمة الانعام كالامة والاتان والفرس ففيه وجهان (أحدهما)

فلكل واحد ثمرته ، وان اختلطتا ولم تتميز واحدة منهما فهما شريكان فيهما كل بقدر ثمرته ، فان لم يعلم قدرهما اصطلحا عليهما ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب لان المبيع لم يتعذر تسليمه، وأما اختلاط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف

يثبت له الخيار اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله « من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة » ولانه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظئرا ويحسن ثديها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ولو لم يكن مقصودا لما ثبت باشتراطه ولا ملك الفسخ بعدمه ولان الاتان والفرس يرادان لولدها (والثاني) لا يثبت به الخيار لان لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الانعام والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لان قصد لبن بهيمة الانعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص بدليل انه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاما وخاصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر، وعلى الوجه الاول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئاً لان هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه .

(فصل) وكل تدليس يختلف الثمن لاجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضمر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار لانه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فاثبت الخيار كالتصرية، وبهذا قال الشافعي ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعيده لا يثبت به الخيار لانه تدليس بما ليس بعيب أشبه مالو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً

ولنا أنه تدليس بما يختلف به الثمن أشبه تسويد الشعر وأما تسويد الانامل فليس بمختص بكونه كاتباً لانه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاما لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمع لا يستحق به فسخاً ، فان حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه فقال القاضي : له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فاشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرة وجهها بخجل أو تعب لأنه يحتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعا فاشبه سواد أنامل العبد .

(فصل) فان علف الشاة فملأ خواصرها وظن المشتري أنها حامل أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوهم أنه كاتب أو حداد أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لان هذا لا يتعين للجهة التي ظنها فان امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرها وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة أو لكونه شارعا في الكتابة أو غلاما لكاتب فحمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً

(فصل) وإذا أراد امساك المدلس وأخذ الارش لم يكن له أرش لان النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة ارشاً وانما خيره في شيئين قال « ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » ولان المدلس ليس بعيب فلم يستحق من أجله عوضاً وان تعذر عليه الرد بتلف فعليه الثمن لانه تعذر عليه

قدر كل واحد منهما ، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فان العقد يبطل في أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب نهي وكونه يتخذ حيلة علي شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وههنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرم ، وفيه

الرد فيما لا أرش له فأشبه غير المدلس وان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء أمسك ولاشيء له وان علم التدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب وان أخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخر رد المعيب على ماسنذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا اشترى أمة ثيبا فأصابها أو استغلها ثم ظهر على عيب كان مخيرا بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملا لأن الخراج بالضمان والوطء كالخدمة وبين أن يأخذ مابين الصحة والعيب)

في هذه المسئلة فصول خمسة : (أحدها) أن من علم بسلعته عيبا لم يجز بيعها حتى يبينه للمشتري فان لم يبينه فهو آثم عاص نص عليه أحمد لما روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «البيعان بالخيار مالم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكتما محق بركة بيعهما» متفق عليه وقال عليه السلام «المسلم أخو المسلم لايحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له» وقال «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه» رواهما ابن ماجه وروى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غشنا فليس منا» وقال هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم كرهوا الغش وقالوا هو حرام ، فان باعه ولم يبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي بكر عبدالعزيز أن البيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التصرية وصحح البيع ، وقد روي عن أبي بكر أنه قيل له ماتقول في المصراة؟ فلم يذكر جوابا

(الفصل الثاني) أنه متى علم بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا واثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ماروي عن النبي ﷺ أنه اشترى مملوكا فكتب «هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبداً أو أمة لاداء به ولاغائلة بيع المسلم المسلم» فثبت ان بيع المسلم اقتضى السلامة ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر فعند الاطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد واخذ الثمن كاملا

(فصل) خيار الرد بالعيب على التراخي فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه مايدل على الرضا ذكره أبو الخطاب ،وذكر القاضي شيئاً يدل على ان فيه روايتين (إحداهما) هو على التراخي (والثانية) هو على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى علم العيب فأخر رده مع امكانه بطل خياره

رواية أخرى أنه يبطل ذكرها أبو الخطاب كالمسئلة التي قبلها ، والصحيح الاولى وقد ذكرنا الفرق بينهما ، وقال القاضي : ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك ، فان فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع ، وان

لانه يدل على الرضا به فأسقط خياره كالتصرف فيه، ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص ولا نسلم دلالة الامساك على الرضا به

(الفصل الثالث) أنه لا يخلو المبيع من ان يكون بحاله فانه يرده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير فانه يردها بنمائها لانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدهما) أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب وهو معنى قوله أو استغلها يعني أخذ غلتها وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة والاجرة والكسب، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » ولا نعلم في هذا خلافاً، وقد روى ابن ماجه عن هشام بن عمار عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده فقال يارسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » ورواه أبو داود والشافعي ورواه سعيد في سننه عن مسلم بهذا الاسناد وقال فيه « الغلة بالضمان » وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم (النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد الاصل دونها وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان كان النماء ثمرة لم يردها وان كان ولداً رده معها لان الرد حكم فسرى الى ولدها كالكتابة، وقال أبو حنيفة النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجبه فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد. ولنا أنه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه نماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك، وقولهم ان النماء موجب العقد غير صحيح انما موجبه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ، وقول مالك لا يصح لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما فانه لا يسري الى الولد بوجوده في الام وان كان قد نقص فهذا نذكر حكمه ان شاء الله تعالى

(الفصل الرابع) إن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شيء، وروي ذلك عن زيد بن ثابت وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء يجري مجرى الجناية لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكراً، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردها ومعها أرش. واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها وقال الشعبي حكومة وقال ابن المسيب عشرة دنانير وقال ابن أبي ليلى مهر مثلها وحكي نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره

امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدر حقه، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لان الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع وهذا مذهب الشافعي، وقال ابن عقيل :

ابن أبي موسى رواية عن احمد لانه إذا فسخ صار واطئا في ملك الغير لكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم يكون واطئا في ملك الغير ليس بصحيح لان الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون وطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فان كان ذلك النكاح باقياً فهو عيب حادث وان كان قد زال فحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذ لافرق بين هذا وبين وطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

(الفصل الخامس) أنه اذا اختار المشتري امساك المعيب وأخذ الارش فله ذلك وهذا قول اسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الامساك أو الرد وليس له أرش الا أن يتعذر رد المبيع لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذي له الخيار

ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فاما المصراة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ولذلك لا يستحق أرشاً اذا امتنع الرد عليه . اذا ثبت هذا فمعنى أرش العيب أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن فنسبته الى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة ، مثاله أن يقوم المعيب صحيحاً بعشرة ومعيبا بتسعة والثمن خمسة عشرة فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ماقابله من الثمن أيضا ولاننا لو ضمناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما اذا اشترى شيئا بنصف قيمته فوجد به عيبا ينقصه نصف قيمته مثل أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيبا ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه وهذا معنى قول الخرقي أو يأخذ ما بين الصحة والعيب وقد نص أحمد على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد هذا أحسن ما سمعت

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت بكراً فأراد ردها كان عليه مانقصها)

مل هذا قول لبعض أصحابنا فاني لم أجده معزيا الى أحمد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لاحمد ولو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى على ما ذكرناه

يعني الامة البكر إذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرش النقص وعن أحمد في جواز ردها روايتان احداهما لا يردها ويأخذ أرش العيب وبه قال ابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن احمد ، والرواية الثانية يردها ويرد معها شيئا وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فاذا كانت قيمتها بكراً عشرة وثيبا ثمانية رد دينارين لانه بفسخ العقد يصير مضمونا عليه بقيمته بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري وهذا قول مالك وأبي ثور ، وقال شريح والنخعي يرد عشر ثمنها ، وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه أولى ان شاء الله تعالى ، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عينها وقيمتها فلم يملك ردها كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته . ولنا أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام فأثبت الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض

(فصل) وكل مبيع كان معيبا ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالاول فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان (احداهما) ليس له الرد وله أرش العيب القديم وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لان الرد ثبت لازالة الضرر وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء أمسكه وله الارش وبهذا قال مالك واسحاق وقال النخعي وحماد ابن أبي سليمان يرده ونقصان العيب ، وقال الحكم يرده لم يذكر معه شيئا

ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى في الثوب اذا كان به عوار برده وان كان قد لبسه ، ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه وبين أخذ أرش العيب القديم كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع ولان العيبين قد استويا والبائع قد دلس به والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص ، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله ، اذا ثبت هذا فانه يرد أرش العيب الحادث عنده لان المبيع بجملته مضمون عليه فكذلك أجزاؤه ، وان زال العيب الحادث عند المشتري رده ولا أرش معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيبا فالحمل عيب في الآدميات دون غيرهن لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشتري وان نقصتها الولادة فذلك عيب أيضا وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لانه زال العيب ، وان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها لان ذلك تفريق بينهما وهو محرم ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له الفسخ فيها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ولانه موضع حاجة فأشبه مالو ولدت حراً

(فصل) فان اشترى عرية فتركها حتى أثمرت بطل البيع وهذا قول الخرقي ، وعن أحمد أنه لا يبطل وهو قول الشافعي لان كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمراً كغير العرية ، وكما لو قطعها وتركها عنده حتى أتمرت

فانه يجوز بيعها دون ولدها. ولنا عموم قول النبي ﷺ «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولانه أمكن دفع الضرر بأخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يجز ارتكاب منهي الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الاقالة فيها دون ولدها، وقولهم ان الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة بأخذ الارش أما إذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال، ولو كان المبيع حيوانا غير الآدمي فحدث به حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة وان علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله امساك الولد ورد الام لان التفريق بينهما جائز ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده، ولو اشتراها حاملا فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل بالمبيع فأشبه ما لو سمنت الشاة فان تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ان اختار رد الام، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد وحمله القاضي على أن البائع دلس العيب، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة، ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين للشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده ان كان باقيا ولا قيمته ان كان تالفا والاول هو الصحيح وعليه العمل ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان المبيع كاتبا أو صانعا فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيبا فذلك عيب حادث عند المشتري حكمه حكم غيره من العيوب وعن أحمد يرده ولا يرد معه شيئاً وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين ويمكن عوده بالتذكر قال: وعلى هذا لو كان سمينا فهزل والقياس ما ذكرناه فان الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فأشبهت الأعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منتقض بالسمن والبصر والحمل ولعل ما روي عن أحمد أراد به إذا دلس البائع العيب

(فصل) وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فان كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم وان كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ولا يثبت به خيار وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع إلا في الجنون والجذام والبرص فان ظهر الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة أن النبي ﷺ جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام وانه اجماع أهل المدينة ولان الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر. ولنا أنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثا فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع أو مابعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال الامام أحمد: ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر لا يثبت في العهدة حديث صحيح والحسن لم يلق عقبة واجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به وانما النقص بما ظهر لا بما كمن

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «يأكلها رطبا» ولان شراءها إنما جاز للحاجة الى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها وتركها لعذر أو لغير عذر للخبر، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأتمرت أو شمسها حتى صارت تمراً

﴿مسئلة﴾ قال (الا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا وكذلك سائر المبيع)

معنى دلس العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة تخفى عن المشتري فلم يره ولم يعلم به وسواء في هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلاهما تدليس حرام على ما بيناه فاذا فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا ولا أرش عليه سواء كان الحادث بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل ان يجني عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والاباق أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه سواء كان ناقصاً للمبيع أو مذهباً لجميعه. قال أحمد في رجل اشترى عبداً فابق من يده وأقام البينة ان اباقه كان موجوداً في يد البائع يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذه منه لانه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان وهذا يحكى عن الحكم ومالك لانه غره فيرجع عليه كما لو غره بحرية أمة وظاهر حديث المصراة يدل على أن ماحدث في يد المشتري مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه فان التصرية تدليس ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية وقال «بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم» وقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصا ولا إجماعا والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلا، ولا يشبه هذا التغرير بحرية الامة في النكاح لانه يرجع على من غره وان لم يكن سيد الامة وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء

(فصل) في معرفة العيوب وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً ، والمرجع في ذلك الى العادة في عرف أهل هذا الشان وهم التجار ، فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعور والعرج والعفل والقرن والعتق والرتق والقرع والصمم والطرش والخرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة في الاجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج في الامة والبخر فيها، وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافا. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشترى ولها زوج أنه عيب وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد معسراً، والجناية الموجبة للقود لان الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والبيع في الدين ومستحقة للاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والامة جميعا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس ذلك بعيب في العبد لانه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة

ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده

جاز لانه قد أخذها ، فان أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أتمر فهل يبطل البيع فيما أتمر ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية ، وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجزاز)

على عائلته وحريمه والبخر يؤذي سيده ومن جالسه وخاطبه أو ساره ، وأما السرقة والاباق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب فيه حتى يحتلم لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود ببلوغه فكذلك هذا، ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه والسرقة والاباق لخبث في طبعه وحد ذلك بالعشر لامر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع لبلوغها فاما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته وكذلك ان كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من النبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فافضى الى تلفه، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله، وعدم الختان ليس بعيب في الصغير لانه لم يفت وقته ولا في الامة الكبيرة وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم فأشبهت العبد ، ولنا أنه ليس بواجب في حقها والالم فيه يسير لا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير فأما العبد الكبير فان كان مجلوبا من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لان العادة أنهم لا يختتنون فصار ذلك معلوما عند المشتري فهو كدينهم وان كان مسلما مولداً فهو عيب فيه لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة .

(فصل) والثيوبة ليست عيباً لان الغالب على الجواري الثيوبة فالاطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خللا في المالية ولا نقصاً وانما التحريم مختص به وكذلك الاحرام والصيام لانهما يزولان قريبا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهما مخالفا وكذلك عدة البائن وأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعه لها

ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب وحكي عن مالك في الجارية المغنية أن ذلك عيب فيها لأن الغناء محرم ، ولنا أن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فلم يكن عيبا كالصناعة ولا نسلم ان الغناء محرم وان سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته، والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به، ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالاخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب لانه نقص بدليل قول الله تعالى (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم)

ولنا أن العبيد يكون فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر فالاطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيبا كما أن المتقي خير من غيره قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدم ذلك عيبا ، وكونه ولد زنا ليس بعيب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لانها تراد للافتراش بخلاف العبد ، ولنا أن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفي النسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب لان هذه حرفة فلم يكن فواتها عيبا كسائر الصنائع، وكونها لا تحيض ليس بعيب

إذا بدا صلاح الثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط القطع وبشرط التبقية وهو قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية إلا أن محمداً قال: إذا تناهى عظمها جاز واحتجوا بان هذا شرط للانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو اشترط تبقية الطعام في كندوجه

وقال الشافعي هو عيب اذا كان الكبر لان من لا تحيض لا تحمل ، ولنا ان الاطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيبا كما لو كان لغير الكبر .

(فصل) وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيبا صح اشتراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها مثل أن يشترط مسلما فيبين كافراً أو يشترط الامة بكراً أو جعدة أو طباخة أو ذات صنعة أو لبن أو انها تحيض أو يشترط في الدابة أنها هملاجة أو في الفهد أنه صيود وما أشبه هذا فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به ولا شيء له لا نعلم بينهم في هذا خلافا لانه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار بالشرط مستحقاً

فاما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيراً ، وان شرطها كافرة فبانت مسلمة أو ثيباً فبانت بكراً فله الخيار لان فيه قصداً صحيحا وهو أن طالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو ليبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقيل لاخيار له لان هذين زيادة ، وهو قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر وليس هذا يبعيد فانه ممكن والاشتراط يدل عليه فيصير بالدليل قريباً، وان شرط الشاة لبوناً صح وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه .

ولنا أنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الامة والهملاجة في الدابة وإنما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة والجهالة تسقط فيما كان بيعاً وكذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعها معه وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه وإن لم يجز بيعهما مفردين وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدراً معلوماً لم يصح لتعذر الوفاء به لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه ، وان شرطها غزيرة اللبن صح لانه يمكن الوفاء به وان شرطها حاملا صح، وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يصح لان الحمل لا حكم له ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ريح.

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكما ولذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الدية بأربعين خلفة في بطونها أولادها ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من الاقتصاص منها واقامة الحد عليها من أجل حملها وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لاعنها في حال حملها فانتفى عنه ولدها، وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً لانه لا يمكن الوفاء به، وان شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لانه لا يمكن الوفاء به ، وقال مالك لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرهن ، ولنا أنه باعها

ولنا أن نهي النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها يدل بمفهومه على إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم بيعها بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون في ذكره فائدة،ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة

بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وان شرطها حائلا فبانت حاملا فان كان ذلك في الامة فهو عيب يثبت الفسخ به وان كان في غيرها فهو زيادة لايستحق به فسخاً ويحتمل أن يستحق لانه قد يريدها لسفر أو لحمل شيء لايتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض في الدجاجة فقد قيل لايصح لانه لاعلم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم، والاولى أنه يصح لانه يعرف بالعادة فأشبه اشتراط الشاة لبونا ، وان اشترط الهزار أو القمري مصوتاً فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لان صياح الطير يجوز أن يوجد ويجوز ان لايوجد والاولى جوازه لان فيه مقصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبه الهملاجة في الدابة والصيد في الفهد ، وان شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها فقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لان فيه تعذيباً للحيوان والقصد منه غير صحيح وقال أبو الخطاب يصح لان هذه عادة مستمرة وفيه قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد في الفهد والهملاجة في الدابة ، وان شرط في الجارية أنها مغنية لم يصح لان الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا ، وان شرط في الكبش كونه نطاحاً وفي الديك كونه مقاتلا لم يصح الشرط لانه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية،وان شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح لانه لايمكن الوفاء به وان شرط كونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ما ذكرنا

(فصل) ولا يفتقر الرد بالعيب الى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول الا برضاه ، ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ولانه مستحق الرد بالعيب فلا يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض

﴿مسئلة﴾ قال (ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (منها) أنه إذا اشترى معيبا فباعه سقط رده لانه قد زال ملكه عنه فان عاد اليه فأراد رده بالعيب الاول نظرنا فان كان باعه عالما بالعيب أووجد منه مايدل على رضاه به فليس له رده لان تصرفه رضا بالعيب وان لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس له رده الا ان يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبه مالو علم بعيبه ، ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أوكما لولم يزل ملكه عنه ولانسلم سقوط حقه وانما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى سواه وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب

حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة ، وتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية لان ما يقطع في الحال لايخاف العاهة عليه،واذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع، ولان النقل والتحويل يجب في الممتنع بحكم العرف، فاذا شرطه جاز كما لو اشترط نقل الطعام من ملك البائع حسب

الاول أو باقالة أوهبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي إن رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لانه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل بفسخه ،ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه فاذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب،فعلى هذا إذاذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم لثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين فانه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(الفصل الثاني) انه اذا باع المعيب ثم أراد أخذ ارشه فظاهر كلام الخرقي أنه لا ارش له سواء باعه عالما بعيبه أو غير عالم ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبه ما لو أتلف المبيع ولانه قد استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب ، وقال القاضي ان باعه مع علمه بالعيب فلا ارش له لرضاه به معيباً، وإن باعه غير عالم بالعيب فله الارش نص عليه أحمد لان البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه وقياس المذهب أن له الارش بكل حال سواء باعه عالما بعيبه أو جاهلا به لانا خيرناه ابتداء بين رده وإمساكه وأخذ الارش فبيعه والتصرف فيه بمنزلة امساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه ولا رضاه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشتري فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب عن أحمد في رجوع بائع المعيب بالارش روايتين من غير تفريق بين علم البائع بالعيب وجهله به وعلى قول من قال لا يستحق الارش فاذا علم به المشتري الثاني فرده به أو أخذ أرشه منه فللاول أخذ أرشه ، وهوقول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده لانه لم يستدرك ظلامته وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما ذكرناه فيما تقدم

(الفصل الثالث) اذا باع المشتري بعض المعيب ثم ظهر على عيب فله الارش لما بقي في يده من المبيع وفي الارش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما اذا باع الجميع ، وان أراد رد الباقي بحصته من الثمن فالذي ذكره الخرقي ههنا أن له ذلك وقد نص عليه أحمد،والصحيح أنه ان كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصها التفريق كمصراعي باب وزوجي خف أنه لا يملك الرد لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الانتفاع بها على الكمال كاباحة الوطء والاستخدام وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ، وقد ذكر اصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصها التفريق انه لا يجوز رد إحداهما دون الأخرى لما فيه من الضرر، وفيما لو اشترى معيبا فتعيب عنده انه لا يملك رده إلا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فلا يجوز ان يرده في مسئلتنا معيباً بعيب الشركة او نقص القيمة بغير شيء إلا ان يكون الخرقي اراد ما إذا دلس البائع

العادة وفي هذا انفصال عما ذكروه، وكذلك اذا اشتد الحب يجوز بيعه كذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية للمنع من بيعه فيدل على الجواز بعده ، وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد، ولانه اذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة اذا بدا صلاحها

العيب فان ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب على ماذكرنا فيما مضى، وإن كان المبيع عينين لا ينقصها التفريق فباع إحداهما ثم وجد بالاخرى عيباً أو علم أنهما كانتا معيبتين فهل له ردالباقية في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة، وقال القاضي المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عينا واحدة او عينين والتفصيل الذي ذكرنا اولى

(فصل) وان اشترى عينين فوجد باحداهما عيبا وكانا مما لا ينقصهما التفريق أو مما لايجوزالتفريق بينهما كالولد مع أمه فليس له الا ردهما جميعا أو امساكهما وأخذ الارش وان لم يكونا كذلك ففيهما روايتان (احداهما) ليس له الا ردهما أو أخذ الارش مع امساكهما وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لان الرد يبعض الصفقة من المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كانا مما ينقصه التفريق (والثانية) له رد المعيب وامساك الصحيح وهذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض لانه رد المعيب علي وجه لا ضرر فيه علي البائع فجاز كما لو ردالجميع وفارق ما ينقص بالتفريق فان فيه ضررا ، وان تلف أحد المبيعين أو تعيب أو وجد بالآخر أوبهما عيبا فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف، وإن اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لانه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولانه بمنزلة الغارم لان قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب ، فأما ان كان المبيعان باقيين معيبين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده فأراد رد أحدهما دون الآخر فقال القاضي ليس له ذلك ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما والقياس أنها كالتي قبلها اذ لوكان امساك أحدهما مانعا من الرد فيما إذا كانا معيبين لمنع منه إذا كان صحيحا

(فصل) اذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيبا أو اشترطا الخيار فرضي أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احداهما) لمن لم يرض الفسخ وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) لايجوز له رده وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور لان المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص فاذا رده مشتركا رده ناقصا أشبه ما لو تعيب عنده . ووجه الاولى أنه رد جميع ما ملكه بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة انما حصلت بايجاب البائع لانه باع كل واحدمنهما نصفهاخرجت عن ملك البائع مشقصة بخلاف العيب الحادث

(فصل) واذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لانه لو رد وحده تشقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك وانما أخرجها عن ملكه الى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها اليه مشقصا بخلاف المسئلة التي قبلها فان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ماباعه اياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيبا فله رده عليهما فان كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم، ولو كان أحدهما باع العين

واذا اشتد بعض حبه جاز بيع جميع مافي البستان من نوعه كالشجرة

(مسئلة) (ويلزم البائع سقيه إن احتاج الى ذلك لانه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة)

وذلك يكون بالسقي فان قيل فلم قلتم إنه إذا باع الاصل وفيه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها

كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل نص أحمد على قريب من هذا فان أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص لان المبيع كان مشقصاً قبل البيع

(فصل) فان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيبا فله رده وليس له أخذ الارش لافضائه الى التفاضل فيما يجب التماثل فيه فان حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين يرده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضي لا يجوز له رده لافضائه الى التفاضل فلا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وانما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة مالو جنى عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهمال العيب ولا أخذ الارش ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين ، وان تلف الحلي فانه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، وعندي أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على الرواية الاخرى ، وانما يرجع الى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المعاوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل وانما هذا الارش بمنزلة أرش الجناية عليه ، ولان قيمته اذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك الا أن يأخذ قيمته من غير جنسه ، ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه لئلا يفضي الى التفاضل ، والحكم فيه على ما ذكرناه في الحلي بالدراهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الارش)

وجملته أنه اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع لنا فيه منع ومع تسليمه فانه استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم ييئس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه (والثانية) له الارش وهي أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه ما استدرك ظلامته فأشبه مالو وقفه ، وامكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل ما قبل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبه مالو قتل العبد . ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضي بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وان فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخرقي أنه لا أرش له وهو

قلنا لان المشتري ليس عليه تسليم الثمرة لان البائع لم يملكها من جهته ، وانما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا ، فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصري وأبي

مذهب أبي حنيفة والشافعي وهو قياس قول القاضي لقوله فيمن باع المعيب عالما بعيبه ليس له أرش لانه رضي به معيباً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه ، وقياس المذهب أن له الارش لان له امساك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه ، ولان البائع لم يوفه ما أوجبه العقد فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ولان الارش عوض الجزء الفائت بالعيب فلم يسقط بتصرفه فيما سواه كما لو باعه عشرة أقفزة فأقبضه تسعة فتصرف فيها

(فصل) فان استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضا به معيبا وان فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر وكان الحسن وشريح وعبدالله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا فاما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضاً ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش قال احمد أنا اقول : اذا استخدم العبد واراد نقصان العيب فله ذلك ، فاما ان احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها او ليسقيها او ليردها على بائعها ، وان استخدم الامة ليختبرها او لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط، وان استخدمها لغير ذلك استخداما كثيراً بطل رده، فان كانت يسيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار ، قيل لأحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبداً فوجده معيباً فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب يعني بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا او من اين اخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين، وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان وكذلك يخرج ههنا

(فصل) وان أبق العبد ثم علم عيبه فله اخذ ارشه فان اخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروف الاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والارش الذي اخذه على روايتين، وان كان آبقا فله رده ورد ما اخذه من الارش واخذ ثمنه، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ ارشه سواء قدر على رده او عجز عنه إلا ان يهلك لانه لم ييأس من رده فهو كما لو باعه، ولنا انه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له ارشه كما لو اعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه فهو له ، وعن احمد رواية اخرى انه يجعله في الرقاب وهو قول الشافعي لانه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها، ولنا ان العتق انما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذي اخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولان الارش ليس بدلا عن العبد انما هو جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن فكأنه لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام احمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لا على وجوبه قال القاضي انما الروايتان فيما

حنيفة والشافعي وابن المنذر، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لانه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض ولم يقبضه .ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطعه ،وقولهم لم يقبضه ممنوع فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

اذا اعتقه عن كفارته لانه اذا اعتقه عن الكفارة لا يجوز ان يرجع اليه بشيء من بدلها كالمكاتب اذا ادى من كتابته شيئا . ولنا انه ارش عبد أعتقه فكان له كما لو تبرع بعتقه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده حلف المشتري وكان له الرد أو الارش)

وجملة ذلك ان المتبايعين اذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري؟ لم يخل من قسمين (أحدهما) أن لا يحتمل إلا قول أحدهما كالاصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لا نا نعلم صدقه وكذب خصمه فلا حاجة الى استحلافه (والثاني) أن يحتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان (احداهما) القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار لان الاصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض البيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن أجاب أنني بعته بريئا من العيب حلف على ذلك ، وان أجاب بأنه لا يستحق علي ما يدعيه من الرد حلف على ذلك، ويمينه على البت لا على نفي العلم، لان الايمان كلها على البت لا على نفي فعل الغير وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الاصل سلامة المبيع وصحة العقد ولان المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره والقول قول المنكر

(فصل) واذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل لان المبيع يرد بالعيب على من كان له فان كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل اقراره على موكله بالعيب لانه أمر يستحق به الرد فيقبل اقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي لا يقبل اقرار الوكيل بذلك وهو أصح لانه اقرار على الغير فلم يقبل كالاجنبي، فاذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لانه رده باقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي، فان أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل؟ على وجهين (أحدهما) ليس له رده لان ذلك يجري مجرى إقراره (والثاني) له رده لانه يرجع اليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري انما هي ثيب أريت النساء الثقات ، ويقبل قول امرأة ثقة فان وطئها المشتري وقال ما أصبتها بكراً خرج فيه وجهان بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث

(فصل) وان رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الاوزاعي فانه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ثم رجع بدرهم

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع ، وعنه إن أتلفت الثلث فصاعداً ضمنه البائع وإلا فلا) كل ماتهلكه الجائحة من الثمر على أصوله قبل أوان الجزاز من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيي بن سعيد ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وهو قول الشافعي القديم ،

فقال الصيرفي ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك ويبرأ لان البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ والقول قول المنكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن احمد ان القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأى لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

﴿مسألة﴾ قال (وإذا اشترى شيئاً مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا فإن لم يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع وإن كان لمكسوره قيمة كجوز الهند فهو مخير في الرد وأخذ الثمن وعليه أرش الكسر أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه)

وجملة ذلك أنه اذا اشترى ما لا يطلع على عيبه الا بكسره كالبطيخ والرمان والجوز والبيض وكسره فبان عيبه ففيه روايتان (احداهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري ، فاذا بان معيبا ثبت له الخيار ، ولان البائع انما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحا فلا معنى لايجاب الثمن كله ، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه بدليل العيب الذى لم يعلمه في العبد . إذا ثبت هذا فان المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الاسود والجوز الخرب والبطيخ التالف رجع بالثمن كله لان هذا تبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا نفع فيه ولا يصح بيع مالا نفع فيه كالحشرات والميتات وليس عليه أن يرد المبيع الى البائع لانه لا فائدة فيه (الثاني) أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض النعام والبطيخ الذى فيه نفع ونحوه فاذا كسره نظرت فان كان كسراً لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد ارش الكسر وأخذ الثمن وبين اخذ ارش عيبه وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه وهذا ظاهر كلام الخرقي ، وقال القاضي عندي لا ارش عليه لكسره لان ذلك حصل بطريق استعلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فساده بغير ذلك وهذا قول الشافعي ووجه قول الخرقي أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد ارشه كلبن المصراة إذا حلبها والبكر اذا وطئها ، وبهذين الاصلين يبطل ما ذكره فانه لاستعلام العيب ، والبائع سلطه عليه بل هنا أولى لانه تدليس من البائع والتصرية حصلت بتدليسه، وان كان كسراً يمكن استعلام المبيع بدونه الا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله في قول الخرقي وهو قول القاضي أيضاً والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه ، ولو كان واجباً

وان كسره كسراً لا يبقى له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه ، وقدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه

(فصل) ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيباً فان كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالمسنجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على مايحصل به استعلام المبيع أوزاد كنشر من لا يعرف، وان أحب أخذ أرشه فله ذلك بكل حال

(فصل) إذا اشترى ثوبا فصبغه ثم ظهر على عيب فله أرشه لاغير وبهذا قال أبو حنيفة وعن أحمد أن له رده وأخذ زيادته بالصبغ لانها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب والاول أولى لان هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات وفارق السمن والكسب فانه لا يأخذ عن السمن عوضا والكسب المشتري لا يرده ولا يعاوض عنه، وان قال البائع أنا آخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك، وقال الشافعي ليس للمشتري إلارده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عبده أوكسب. ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث والاصل لا نسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا أراده بكل حال

(فصل) يصح بيع العبد الجاني سواء كانت الجناية عمداً أوخطأ على النفس ومادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة له وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية آكد لانها تقدم على حق المرتهن ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق يثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أوتصرف في الجاني فجاز كالعتق ، وان كان الحق قصاصاً فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه فأشبه المريض ، أما الرهن فان الحق متعين فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره ، إذا ثبت هذا فمتى باعه وكانت الجناية موجبة للمال أو القود فعفي عنه الى مال فعلى السيد فداؤه باقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه فان باعه تعين عليه فداؤه لاخراج العبد من ملكه ولاخيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره ، هذا إذا كان السيد موسراً ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن

ولنا أنه زال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو قتله بخلاف الرهن وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع معسراً لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني لأن البائع انما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو مايقوم مقامه ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدما على حق المشتري وللمشتري

لاجبره عليه ، ولان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل، ولانه لايضمنه إذا أتلفه آدمي فكذلك لا يضمنه باتلاف غيره

ولنا ماروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وعنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

خيار الفسخ ان كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته فان فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فأخذها رجع المشتري بالثمن أيضا لان أرش مثل هذا جميع ثمنه وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه وان كان عالماً بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيبا عالما بعيبه فان اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لانه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه، فان كانت الجناية موجبة للقصاص فللمشتري الخيار بين الرد وأخذ الارش فان اقتص منه تعين الارش وهو قسط قيمة ما بينه جانياً وغير جان ولا يبطل البيع من أصله وبهذا قال أصحاب الشافعي، وقال أبوحنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى اتلافه إياه، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لوكان مريضا فمات بدائه أو مرتداً فقتل بردته وماذكروه منتقض بما ذكرناه ولا يصح قياسهم على اتلافه لانه لم يتلفه فما اشتركا في المقتضي، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده فقطعت عند المشتري فقد تعيب في يده لان استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه؟ على روايتين ومتى اشتراه عالما بعيبه لم يكن له رده ولا أرش كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعي.

(فصل) وحكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه فان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه فان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولانه يمكنه الانتفاع به الى حال قتله ويعتقه فينجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمريض المأيوس من برئه، وقال القاضي لايصح بيعه لانه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته وحرم ابقاؤه فصار بمنزلة مالا نفع فيه من الحشرات والميتات وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به الى قتله لايتمهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد ثبق أو اطعام كلب والاول أصح فانه كان محلا للبيع والاصل بقاء ذلك فيه وانحتام اتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت أحكام الموتى له من ارث ماله ونفوذ وصيته وغيرها ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت الا بدليل ولا نص في هذا ولا إجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله لزوال ماثبت به من الرجوع عن الاقرار وان كان ثبت به أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله فاكثر مافيه تحقق تلفه وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع اذا كان قصده للعبد لا للمال)

«إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» رواها مسلم، ورواه أبو داود ولفظه «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم؟» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي

وجملة ذلك أن السيد إذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه ولان العبد وماله للبائع فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما، وان اشترطه المبتاع كان له للخبر وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وقضى به شريح وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي واسحاق، قال الخرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي ومعناه انه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد انما يقصد بقاء المال لعبده واقراره في يده فتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان المال معلوما أو مجهولا من جنس الثمن أو من غيره عينا كان أو دينا وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر، قال البتي: اذا باع عبداً بألف درهم ومعه الف درهم فالبيع جائز اذا كان رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم وذلك لانه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فأشبه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف، فأما ان كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه اذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لانه مبيع مقصود فأشبه مالو ضم الى العبد عيناً أخرى وباعهما، وقال القاضي هذا ينبني على كون العبد يملك أو لا يملك فان قلنا لا يملك فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهذا مذهب أبي حنيفة، وان قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل لانه تبع في البيع لا أصل فأشبه طي الآبار وهذا خلاف نص أحمد. وقول الخرقي لانها جملا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره وهو أصح ان شاء الله تعالى، واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا وكاللبن في ضرع الشاة المبيعة والحمل في بطنها والصوف على ظهرها وأشباه ذلك فانه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا وقد قيل ان المال ليس بمبيع ههنا وانما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه الى البائع وهو قريب من الاول

(فصل) واذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة رد ماله معه، وقال داود يرد العبد دون ماله لان ماله لم يدخل في البيع فأشبه النماء الحادث عنده. ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد، ولان العبد اذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه، فان تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري هل يمنع الرد على روايتين، فان قلنا يرده فعليه قيمة ما أتلف، قال احمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن

(فصل) وما كان على العبد أو الجارية من الحلي فهو بمنزلة ماله على ماذكرنا، فاما الثياب فقال أحمد ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري، وان كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئاً يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، يعني ان الثياب التي يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل في البيع دون

أن رسول الله ﷺ امر بوضع الجوائح، ولو ثبت عندي لم اعده، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها في القليل والكثير: قلنا الحديث ثابت رواه الامام احمد ومسلم وابو داود وابن ماجه وغيرهم: فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان فعل الواجب خير، فاذا تألى ان لا يفعل الواجب فقد تألى ان لا يفعل

الثياب التي يتجمل بها لان ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولانها تتعلق بها مصلحته وحاجته إذ لاغناء له عنها فجرت مجرى مفاتيح الدار بخلاف ثياب الجمال فانها زيادة على العادة ولا تتعلق بها حاجة العبد ، وانما يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركبه عليها مع دخولها في الخبر وبقائها على الأصل .
وقال ابن عمر : من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه قال الحسن والنخعي . ولنا الخبر الذي رواه ابن عمر ، ولان الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولاجرت العادة ببيعها معه أشبه سائر مال البائع ، ولانه زينة للمبيع فأشبه مالو زين الدار ببساط أو ستر

(فصل) ولا يملك العبد شيئاً اذالم يملكه سيده في قول عامة أهل العلم ، وقال أهل الظاهر يملك لدخوله في عموم قوله تعالى (خلق لكم مافي الارض جميعاً) وقول النبي ﷺ « من باع عبدا وله مال » فأضاف المال اليه بلام التمليك ولنا قوله تعالى (ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شيء) ولان سيده يملك عينه ومنافعه فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده كبهيمته ، فأما ان ملكه سيده شيئاً ففيه روايتان (إحداهما) لا يملكه وهو ظاهر قول الخرقي فانه قال : والسيد يزكي عما في يد عبده لانه مالكه ، وقال والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه . وهواختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة والثوري واسحاق والشافعي في الجديد لانه مملوك فلم يملك كالبهيمة (والثانية) يملك وهي أصح عندي وهو قول مالك والشافعي في القديم للآية والخبر، ولانه آدمي حي فملك كالحر ، ولانه يملك في النكاح فملك في المال كالحر ، ولانه يصح الاقرار له فأشبه الحر ، وما ذكروه تعليل بالمانع ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الاصل ولم يوجد في البهيمة مايقتضي ثبوت الملك لها،وإنما انتفى ملكها لعدم المقتضي له لا لكونها مملوكة وكونها مملوكة عديم الاثر فان سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود والوحوش لا تملك ، وكذلك الجمادات ، واذا بطل كون ما ذكروه مانعاً ، وقد تحقق المقتضي لزم ثبوت حكمه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز ان يشتريها بأقل مما باعها به)

وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبدالعزيز بن أبي سلمة والثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأى وأجازه الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها.ولناماروى غندر عن شعبة عن ابي اسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل انها قالت : دخلت انا وام ولد زيد بن ارقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت ام ولد زيد بن ارقم : اني بعت

خيراً ، وانما لم يجبره النبي ﷺ لانه قول بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع ولا حضوره ، واما التخلية فليست قبضاً تاما بدليل مالو تلفت بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة في شجرها كالمنافع قبل استيفائها تؤخذ حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها : بئس ماشريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور ، والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فجرى مجرى روايتها ذلك عنه ، ولان ذلك ذريعة إلى الربا فانه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم ، وكذلك روي عن ابن عباس في مثل هذه المسألة أنه قال : أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حرير جعلاها في بيعهما والذرائع معتبرة لما قدمناه ، فأما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز لانه لا يكون ذريعة وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع ، فان نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي صناعة ، أو تخرق الثوب أو بلي جاز له شراؤها بما شاء لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا ، وإن نقص سعرها أوزاد لذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها نص أحمد على هذا كله

(فصل) وان اشتراها بعرض أو كان بيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز وبه قال أبو حنيفة ولا نعلم فيه خلافا لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض ، فأما إن باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر مثل أن يبيعها بمائتي درهم ثم اشتراها بعشرة دنانير فقال أصحابنا يجوز لانهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما فجاز كما لو اشتراها بعرض أو بمثل الثمن ، وقال أبو حنيفة لا يجوز استحسانا لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ، ولان ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الاول وهذا أصح ان شاء الله تعالى

(فصل) وهذه المسألة تسمى مسألة العينة . قال الشاعر :

أندانُ أم نعتانُ أم ينبري لنا ... فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله نعتان، أي نشتري عينة مثل ما وصفنا ، وقد روى أبو داود باسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم، وقد روي عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه الا بنسيئة، فان باعه بنقد ونسيئة فلا بأس وقال أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد، وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا فان الغالب ان البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالاجل، ويجوز ان تكون العينة اسما لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعاً ، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا ولا يكره إلا ان يكون له تجارة غيره

(فصل) وإن باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال احمد في رواية حرب لا يجوز ذلك إلا ان يغير السلعة لان ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا فأشبه مسألة العينة ، فان اشتراها بنقد آخر او بسلعة اخرى او بأقل من ثمنها نسيئة جاز لما ذكرناه في مسألة العينة ويحتمل ان يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إلا أن يكون ذلك عن مواطأة او حيلة فلا يجوز ، وإن وقع ذلك اتفاقا من غير قصد

(فصل) والجائحة كل آفة لاصنع لآدمي فيها كالريح والحر والبرد والعطش لما روى الساجي باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة ـ والجائحة تكون في البرد والحر وفي الحبق وفي السيل وفي الريح ـ وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع إليه، فاما ما

جاز لان الاصل حل البيع ، وإنما حرم في مسئلة العينة بالاثر الوارد فيه وليس هذا في معناه ولان التوسل بذلك اكثر فلا يلتحق به ما دونه والله أعلم

(فصل) وفي كل موضع قلنا لايجوز له ان يشتري . لا يجوز ذلك لوكيله لانه قائم مقامه ويجوز غيره من الناس سواء كان اباه او ابنه او غيرهما لأنه غير البائع ويشتري لنفسه فأشبه الأجنبي

(فصل) ومن باع طعاما إلى اجل ، فلما حل الاجل اخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاما قبل قبضه لم يجز ، روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك واسحاق واجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر واصحاب الرأي ، قال علي بن حسين إذا لم يكن لك في ذلك راي ، وروي عن محمد بن عبد الله ابن ابي مريم أنه قال : بعت تمراً من التمارين كل سبعة آصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمراً يبيعه أربعة آصع بدرهم فاشتريت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعت ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب ، قال عبد الله بن عباس ما بعت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئاً مما يكال بمكيال إلا ورقا أو ذهباً فاذا أخذت ورقك فابتع ممن شئت منه أو من غيره فرجعت فاذا عكرمة قد طلبني فقال : الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب: إن فضل لي عنده فضل ؟ قال فأعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم . ووجه ذلك أنه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسئلة العينة ، فعلى هذا كل شيئين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه اذا كان البيع نساء نص أحمد على ما يدل على هذا ، وكذلك قال سعيد بن المسيب فيما حكيناه عنه، والذي يقوى عندي جواز ذلك اذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما يروي عنه عبد الله بن زيد قال : قدمت على علي بن الحسين فقلت له اني أجد نخلي وأبيع ممن حضرني التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الاجل فيوقفونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يكن منك على رأي ، وذلك لانه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد انبرام العقد الاول ولزومه فصح كما لو كان المبيع الاول حيواناً أو ثيابا ، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا فانه لم يأخذ بالثمن طعاما ولكن اشترى من المشتري طعاما بدراهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها كما في حديث علي بن الحسين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن باع حيوانا أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم)

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي ، وقال ابراهيم والحكم وحماد لا يبرأ إلا مما سمى ، وقال شريح لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه ، وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن واسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت

كان بفعل آدمي فقال القاضي يخير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين ابقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة كالمكيل والموزون إذا أتلفه آدمي قبل القبض لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة إلا أن في إحراق اللصوص ونهب العساكر والحرامية وجهين ، فان قيل فقد نهى النبي صلى الله

إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار (والرواية الثانية) أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان ؟ فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا وروي عن احمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب ، روي هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة ان رجلين اختصما في مواريث درست الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « استهما وتوخيا ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه » فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ، ولانه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالعتاق والطلاق ، ولا فرق بين الحيوان وغيره فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة

(فصل) فان قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لان ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه ، وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فاذا فسد الشرط فات الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي به

(مسألة) قال (ومن باع شيئاً مرابحة فعلم أنه زاد في رأس ماله رجع عليه بالزيادة وحطها من الربح)

معنى بيع المرابحة هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال فيقول رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعتك بها وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم فيه عند أحد كراهة وإن قال بعتك برأس مالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولان رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال وربح عشرة دراهم ، ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولان فيه نوعا من الجهالة والتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح لما ذكرنا والجهالة يمكن إزالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم ، وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والثمرة غير مضمونة على المشتري ، فاذا كانت القيمة أكثر من الثمن فقد ربح فيه . قلنا إن المراد بالخبر النهي عن الربح بالبيع بدليل أن المكيل لو زادت قيمته قبل قبضه ثم قبضه جاز ذلك بالاجماع

اذا ثبت هذا عدنا الى مسئلة الكتاب فنقول متى باع شيئا برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبيا أو اقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو مخير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب

ولنا انه باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فاذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعاً به وبالزيادة التي اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وهنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر وهل للمشتري خيار ؟ فالمنصوص عن احمد ان المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقله حنبل ، وحكى ذلك قولا للشافعي لان المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضاً ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفاً أو وكيلا أو غير ذلك ، وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له لانه لم يذكره ، وحكى ذلك قولا للشافعي لانه رضيه بمائة وعشرة ، فاذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على انه معيب فبان صحيحاً أو أمي فبان صانعاً أو كاتباً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين، وأما البائع فلا خيار له لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) واذا أراد الاخبار بثمن السلعة فان كانت بحالها لم تتغير أخبر بثمنها ، وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه ويخبر بالثمن الاول لاغير ، ولان ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً ، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المرابحة وهذه مسئلة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقدوأخبر به في الثمن وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ولا أعلم عن غيرهم خلافهم فان تغير سعرها دونها ، فان غلت لم يلزمه الاخبار بذلك لانه زيادة فيها ، وإن رخصت فنص أحمد على أنه لا يلزمه الاخبار بذلك لانه صادق بدون الاخبار به : ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال فان المشتري لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغرير به فان أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز لانه يجمع بين الكذب والتغرير

(فصل) فاما إن تغيرت السلعة فذلك على ضربين (أحدها) ان تتغير بزيادة وهي نوعان أحدهما أن تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا إذا أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لانه القدر الذي اشتراها به ، وان أخذ النماء المنفصل أو استخدم الامة أووطيء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبيين الحال ،وروي ابن المنذر عن أحمد أنه يلزمه تبيين ذلك كله وهو قول اسحاق،وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مرابحة وفي الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين ولانه من موجب العقد

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشتري فجاز كما لو لم يزد ولان الولد والثمرة نماء منفصل

(فصل) وظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ماجرت العادة بتلف مثله كاليسير الذي لا ينضبط لا يلتفت اليه ، قال أحمد إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ولا أدري ما الثلث ولكن إذا كانت جائحة تستغرق الثلث أو الربع أوالخمس توضع ، وعن أحمد أن مادون الثلث

فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة ،وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد (النوع الثاني) أن يعمل فيها عملا مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجملها أو يخيطها فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله هذا ظاهر كلام أحمد فانه قال يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعي والاوزاعي وأبوثور، ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الاجرة إلى الثمن ويقول : تحصلت علي بكذا لانه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي

ولنا أنه تغرير بالمشتري فانه عسى ان لو علم أن بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينفق الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كنقصه بمرض أو جناية عليه أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن الموجود ونحوه فانه يخبر بالحال على وجهه لا نعلم فيه خلافاً ، وان أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي لان أرش العيب عوض ما فات به فكان ثمن الموجود هو ما بقي وفي أرش الجناية وجهان (أحدهما) يحطه من الثمن كارش العيب (والثاني) لا يحطه كالنماء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول تقوم علي بكذا لانه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لوأخبر بالحال على وجهه . ولنا ان الاخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق وأقرب الى البيان ونفي التغرير بالمشتري والتدليس عليه فلزمه ذلك كما لو اشترى شيئين بثمن واحد وقسط الثمن عليهما وقياس أرش الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح لان الارش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه وكقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما ان جنى المبيع ففداه المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه لان هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا وانما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً ، وان أخبر بالحال على وجهه فحسن

(فصل) وان اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئا فتقاسماه وأراد احدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذي أداه فيه فذلك قسمان (أحدهما) أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع احدهم مرابحة إلا أن يقول اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه وهذا مذهب الثوري وإسحاق واصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته

من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لابد أن يأكل الطائر منها وتنثر الريح وتسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد والثلث قد اعتبره الشارع في الوصية وعطية المريض قال الاثرم قال أحمد إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسئلة ، ولان الثلث في حد الكثرة ومادونه في حد القلة

بدليل مالو كان المبيع شقصاً وسيفا أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، ولو اشترى شيئين فوجد احدهما معيباً رده بحصته من الثمن ، وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن احمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به

ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لايجوز أن يباع به مايجب التماثل فيه وأما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه وكونه لا طريق له سوى التقويم ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقاً لاسقاطها فيؤدي الى تفويتها بالكلية وههنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة (القسم الثاني) أن يكون المبيع من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالبر والشعير المتساوي فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن وبهذا قال ابو ثور واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لان ثمن الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة ، وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة وأراد بيع احدهما مرابحة بحصته من الثمن فالقياس جوازه لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة وكذلك لو أقاله في احدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً ولأن الثمن وقع عليهما متساويا لتساوي صفتهما في الذمة فهما كقفيزين من صبرة ، وإن حصل في احدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع

(فصل) وان اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك وان اشتراه من أبيه أو ابنه أو ممن لاتقبل شهادته له لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان لأنه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحاً فأشبه مالو اشتراه من أجنبي . ولنا أنه متهم في الشراء منهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقا كما لو اشترى من مكاتبه ، وفارق الاجنبي فانه لايتهم في حقه ، وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه فانه لايجوز له بيع مااشتراه من مكاتبه مرابحة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافا ، وان اشتراه من غلام دكانه الحر فقال القاضي اذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافا ولانه متهم في حقه فأشبه من لا تقبل شهادته له ، وقال ابو الخطاب إن فعل ذلك حيلة لم يجز وظاهره الجواز اذا لم يكن حيلة وهذا أصح لانه أجنبي لكن لايختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز وكان حراما وتدليساً على ماذكرنا من قبل

(فصل) فان اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه فان أخبر انه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهو قول الشافعي وابي يوسف ومحمد لانه صادق فيما اخبر به وليس فيه تهمة ولا تغرير بالمشتري فأشبه ما لولم يربح فيه ، وروي عن ابن سيرين انه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة واعجب احمد قول ابن سيرين قال فان باعه على

بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثلث والثلث كثير » فلهذا قدر به

ولنا عموم الاحاديث فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ومادون الثلث داخل فيها فيجب وضعه، ولان هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ماتلف منها من ضمان البائع ،وان نقص عن الثلث كالتي على الارض

مااشتراه يبين امره يعني يخبر انه ربح فيه مرة ثم اشتراه وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال ابو حنيفة لايجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهذا قول القاضي واصحابه لان المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الخياط والقصار، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه أمن ان يرده عليه ولان الربح احد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة، فعلى هذ ينبغي أنه اذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول تقوم علي بخمسة ولا يجوز أن يقول اشتريته بخمسة لان ذلك كذب والكذب حرام ويصير كما لو ضم أجرة القصارة والخياطة الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه فيما تقدم، وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه ، ثم لايشبه هذا ما ذكره لان المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه، وأما تقرير الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر العيب ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري أن يرده على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فههنا أولى، ويجيء على هذا القول انه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فانه يخبر أنها حصلت بغير شيء، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان فان لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها لانها ثمن العقد الذي يلي المرابحة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني فيخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه وهذا يدل على صحة ما ذكرناه والله أعلم

(فصل) وكل ماقلنا انه يلزمه أن يخبر به في المرابحة ويبينه فلم يفعل فان البيع لا يفسد به ويثبت للمشتري الخيار بين الاخذ به وبين الرد إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله على ماقدمناه من القول فيه، وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره فعن أحمد انه مخير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد انه ان كان المبيع قائماً كان له ذلك الى الاجل يعني وان شاء فسخ، وان كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح لانه كذلك وقع على البائع فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته كما لو أخبر بزيادة على الثمن، وكونه لم يرض بذمة المشتري لايمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه اذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه الابما أخبر به ولم يلتفت الى رضاه بل وجب الرجوع الى ماوقع به البيع الاول كذا ههنا

(فصل) فان ابتاعه بدنانير فأخبر انه اشتراه بدراهم أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر انه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر انه اشتراه بعرض واشباه هذا فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع

وما أكله الطير أوسقط لايؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولانه لايمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . إذا ثبت ذلك فمتى تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب ، وإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على

بالثمن وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع الذي ثبت فيها ذلك

(فصل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين أو بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يخبر في المرابحة بأحد وعشرين نص عليه أحمد وهذا قول النخعي وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لان ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك إلى قول ابراهيم ولا نعلم أحدا خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بعشرة ثم اشترى نصفه الثاني بأحد عشر فصار مجموعها أحداً وعشرين

(فصل) قال أحمد ولا بأس أن يبيع بالرقم ومعناه أن يقول بعتك هذا الثوب برقمه وهو الثمن المكتوب عليه اذا كان معلوماً لهما حال العقد وهذا قول عامة الفقهاء وكرهه طاوس. ولنا انه بيع بثمن معلوم فأشبه مالو ذكر مقداره أو مالو قال بعتك هذا بما اشتريته به وقد علما قدره، فان لم يكن معلوماً لهما أو لأحدهما لم يصح لان الثمن مجهول، قال أحمد والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة، وذلك لان بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تبيين الحال على وجهه في المواضع التي ذكرناها ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى

(فصل) وبيع التولية هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة وحكمه في الاخبار بثمنه وتبيين ما يلزمه تبيينه حكم المرابحة في ذلك كله ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية

﴿مسئلة﴾ قال (وإن أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري رده أو إعطاؤه ما غلط به وله أن يحلفه أن وقت ماباعها لم يعلم أن شراءها بأكثر)

وجملة ذلك أنه اذا قال في المرابحة رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ثم عاد فقال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً، وذكره ابن المنذر عن أحمد واسحاق، وروى أبو طالب عن احمد اذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله، وان لم يكن صدوقا جاز البيع، قال القاضي وظاهر كلام الخرقي ان القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه، والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب، والظاهر أن الخرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في اثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه بل لانه عطفه على المسئلة قبلها وقد ذكر فيها نعلم انه زاد في رأس المال، ولم يتعرض لما يحصل به العلم لكن قد علمنا ان العلم انما يحصل ببينة أو إقرار كذلك علم غلطه ههنا يحصل ببينة أو اقرار من المشترى وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط كالمضارب والوكيل اذا أقرا بربح ثم قالا غلطنا أو نسينا، واليمين التي ذكرها الخرقي ههنا انما هي على نفي علمه بغلط نفسه وقت البيع لا على اثبات غلطه، وعن أحمد رواية ثالثة انه لا يقبل قول البائع وان اقام به بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه اقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه ولا بينته لاقراره بكذبها

الرواية الثانية فانه يعتبر ثلث الثمرة وقيل ثلث القيمة، فان تلف الثلث فما زاد رجع بقسطه من الثمن وان كان دونه لم يرجع بشيء، وان اختلفا في الجائحة أو قدر التالف فالقول قول البائع لان الاصل السلامة، ولانه غارم والقول في الاصول قول الغارم

ولنا انها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ، ولا نسلم انه اقر بخلافها، فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقرار، فان لم تكن بينة او كانت له بينة وقلنا لا تقبل بينته فادعى ان المشترى يعلم غلطه فانكر المشترى فالقول قوله، وإن طلب يمينه فقال القاضي: لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ولانه قد اقر له فيستغنى لاقرار عن اليمين ، والصحيح أن عليه اليمين انه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أباو زيادة في ثمنها فلزمته اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدعياً إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ثم قال الخرقي : له أن يحلفه ان وقت ما باعها لم يعلم ان شراءها أكثر وهذا صحيح فانه لو باعها بهذا الثمن عالماً بان ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه لانه تعاطى شيئاً عالماً بالحال فلزمه كمشتري المعيب عالماً بعيبه واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه ، وان حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد ، ويحتمل انه اذا باعه بمائة وربح عشرة ثم انه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح لان البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين له انه زاد في رأس ماله لاينقص الربح من عشرة لان البائع لم يبعه الا بربح عشرة فاما ان قال وأربح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين ، وانما أثبتنا له الخيار لانه دخل على ان الثمن مائة وعشرة فاذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب، وان اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لانه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضيه المشتري ، وان اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً لانه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به

(فصل) ويجوز بيع المواضعة وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول بعتك هذا به وأضع عنك كذا فان قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المرابحة وصح ويطرح من كل عشرة درهما فان كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة وقال قوم يكون الحط من كل احد عشر درهما فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من احد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا غلط لان هذا يكون حطا من كل أحد عشر وهو غير ماقاله ، فأما ان قال بوضيعة درهم لكل عشرة كان الوضيعة من كل احد عشر درهماً ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن أبي ثور انه قال : الحط ههنا عشرة مثل الاولى ، وليس بصحيح فانه إذا قال لكل عشرة درهماً يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهماً درهماً ، وإذا قال من كل عشرة درهماً كان الدرهم من العشرة لان من للتبعيض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهماً

(فصل) اذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعاها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لانعلم فيه خلافا لان الثمن عوض عنها فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيها ، وان باعاها مرابحة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه احمد وهو قول ابن سيرين والحكم

(فصل) فان بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى أصابتها جائحة فقال القاضي عندي لا توضع لانه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط

قال الاثرم قال أبو عبد الله رحمه الله : اذا باعها فالثمن بينهما نصفان قلت أعطي أحدهما أكثر مما أعطي الآخر فقال وإن اليس الثوب بينهما الساعة سواء ، فالثمن بينهما لان كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه ، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى ان الثمن بينهما على قدر رءوس أموالهما لان بيع المرابحة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رءوس أموالهما ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لان الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما كعوضه متساوياً كما لو باعاه مساواة

(فصل) ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهلا رأس المال في المرابحة أو المواضعة أو التولية أو جهل ذلك احدهما أو جهل قدر الربح أو قدر الوضيعة فالبيع باطل لان العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار . ولنا ان قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة بعضها ذهب ، وقوله انه يقتضي التسوية لا يصح فانه لو فسره بغير ذلك صح وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما

﴿مسألة﴾ قال (وإذا باع شيئا واختلفا في ثمنه تحالفا فان شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع وإلا انفسخ البيع بينهما والمبتديء باليمين البائع)

والكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة

(أحدها) انه اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها ، وان لم يكن لهما بينة تحالفا ، وبهذا قال شريح وابو حنيفة والشافعي ومالك في رواية ، وعنه القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال ابو ثور وزفر لان البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن امامنا رحمه الله ، وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ماقال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما ، والمشهور في المذهب الاول ، ويحتمل ان يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به ، وان أبى حلف ايضاً وفسخ البيع بينهما لان في بعض الفاظ حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا » ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكروه

(الفصل الثاني) أن المبتديء باليمين البائع فيحلف مابعته بعشرة وانما بعته بعشرين فان شاء المشتري أخذه بما قال البائع والا يحلف ما اشتريته بعشرين وانما اشتريته بعشرة وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة

القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لذلك ، وان تلفت قبل امكان قطعها فهي من مال البائع كالمسألة قبلها .

يبتديء بيمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فالقول ماقال البائع» وفي لفظ « فالقول ماقال البائع والمشتري بالخيار » رواه الامام أحمد ومعناه إن شاء أخذ وان شاء حلف ولان البائع أقوى جنبة لانهما اذا تحالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد ، وقد بينا ان كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء

(الفصل الثالث) انه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه ، وان نكل البائع حلف المشتري وقضي له ، وان حلفا جميعا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لانه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه لكن ان رضي أحدهما بما قال صاحبه اقر العقد بينهما وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام احمد ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وانما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما . ولنا قول النبي ﷺ « او يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك، وفي القصة ان ابن مسعود رضي الله عنه باع الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبد الله بعتك بعشرين الفا . قال الاشعث اشتريت منك بعشرة آلاف فقال عبد الله : سمعت رسول الله ﷺ يقول « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع او يترادان البيع » قال فاني ارد البيع رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود ، وروى ايضاً حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال قال رسول الله ﷺ « اذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وان شاء ترك ، وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لانه جعل الخيار اليه فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ولانه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق واذا فسخ العقد فقال القاضي ظاهر كلام أحمد ان الفسخ ينفذ ظاهراً وباطنا لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر والباطن كالفسخ باللعان ، وقال أبو الخطاب ان كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد في الباطن لانه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، فان كان المشتري ظالما انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولهم وجه ثالث انه لا ينفسخ في الباطن بحال ، وهذا فاسد لانه لو علم انه لم ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ولان الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب ، ويقوى عندي أنه ان فسخه الصادق منهما انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك ، وان فسخه الكاذب عالما بكذبه لم ينفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة الى صاحبه فيباح له التصرف فيما

(فصل) فان استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً لان المعقود عليه منافع الارض ولم يتلف إنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها

رجع اليه لانه رجع اليه بحكم الشرع من غير عدوان منه فأشبه ما لو ورد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا الى قيمة مثلها إلا أن يشاء المشترى أن يعطي الثمن على ما قال البائع ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه في الصفة)

وجملته أنهما اذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان (احداهما) يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة وهو قول الشافعي واحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) القول قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر وهذا قول النخعي والثوري والاوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث « والسلعة قائمة » فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ولانهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس. ووجه الرواية الاولى عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » وقال أحمد ولم يقل فيه « والمبيع قائم » الا يزيد بن هارون قال أبو عبدالله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا هذه الكلمة ولكنها في حديث معن ، ولان كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم تركناه للحديث قلنا ليس في الحديث تحالفا وليس ذلك بثابت في شيء من الاخبار قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فاذا تحالفا فان رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فكل واحد منهما فسخه كما له ذلك في حال بقاء السلعة ويرد الثمن الذى قبضه البائع إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة الى البائع فان كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما اذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشتري ويكون القول قول المشترى مع يمينه لانه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع لان الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشترى وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم والقول قول الغارم

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد فأشبه ما لو اختلفا في القبض

ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها

﴿مسئلة﴾ (وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها)

(فصل) وان قال بعتك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في أصل عوضي العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن، ولنا أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله بيمينه كما لو ادعى شراءه منفردا

(فصل) وان اختلفا في عين المبيع فقال بعتك هذا العبد قال بل بعتني هذه الجارية فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه لان كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه ، والقول قول المنكر فان حلف البائع مابعتك هذه الجارية أقرت في يده إن كانت في يده وردت عليه إن كان مدعيها قد قبضها ، وأما العبد فان كان في يد البائع أقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لانه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المعقود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لانه لم يعترف انه لم يشتره وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لانه تعذر عليه الوصول إلى ثمنه فملك الفسخ كما لو أفلس المشتري، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لايتنافيان فأشبه مالو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر ،وان أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ثبت ماقامت عليه البينة دون مالم تقم عليه

(فصل) فان اختلفا في صفة الثمن رجع الى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنهما لايعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل انه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما اليه مع التساوي لان فيه توسطا بينهما وتسوية بين حقيهما وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى وعلى مدعي ذلك اليمين لأن ما قاله خصمه محتمل فتجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، واذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان فينبغي أن يتحالفا لانهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره

(فصل) وان اختلفا في أجل أو رهن أو في قدرهما أو في شرط خيار أو ضمين أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ففيه روايتان (احداهما) يتحالفان وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول من ينفي ذلك مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لانه منكر والقول قول المنكر

(فصل) وان اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال بعتك بخمر أو خيار مجهول فقال بل بعتني بنقد معلوم أو خيار ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ، وإن قال بعتك مكرها فأنكره فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع ، وان قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ويفارق ما اذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين (أحدهما) ان الاصل عدمه وههنا الاصل بقاؤه (والثاني) ان الظاهر

لا يختلف فيه فيباح بيع جميعها بذلك لا نعلم فيه خلافا وهل يكون صلاحا لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين اظهرهما أنه يكون صلاحاً فيجوز بيعه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن قياساً

من المكلف انه لا يتعاطى إلا الصحيح وههنا ماثبت انه كان مكلفا ، وإن قال بعتك وأنا مجنون فان لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه وإن ثبت انه كان مجنونا فهو كالصبي ؛ ولو قال العبد بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية مهنا لانه مكلف ، والظاهر انه لا يعقد إلا عقداً صحيحا

(فصل) وإن مات المتبايعان فورثتهما بمنزلتهما في جميع ماذكرناه لانهم يقومون مقامهما في أخذ ماليهما وإرث حقوقهما فكذلك مايلزمهما أو يصير لهما

(فصل) وان اختلفا في التسليم فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشترى على تسلم الثمن، فان كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل فيقبض منهما ثم يسلم اليهما وهذا قول الثورى وأحد قولي الشافعي، وعن أحمد مايدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق وهو قول ثان للشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشترى على تسليم الثمن لان للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن. ولنا ان تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ماتعلق بالعين أولى لتأكده ولذلك يقدم الدين الذى به الرهن في ثمنه على ماتعلق بالذمة، ويخالف الرهن فانه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع ، وأما اذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على ايفاء صاحبه حقه ، ووجه الرواية الأخرى ان الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع فوجب تقديمه ولان الثمن لا يتعين بالتعيين فأشبه غير المعين . اذا ثبت هذا وأوجبنا التسليم على البائع فسلمه فلا يخلو المشتري من أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه ، وإن كان غائباً قريباً في بيته أو بلده حجر عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن خوفا من أن يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد في مسافة القصر فالبائع مخير بين أن يصبر الى أن يوجد وبين فسخ العقد لانه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس، وإن كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين لان فيه ضرراً عليه (والثاني) لا خيار له لأن مادون مسافة القصر بمنزلة الحاضر، وإن كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ في الحال والرجوع في المبيع وهذا كله مذهب الشافعي ، ويقوى عندي أنه لا يجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه لأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وأنما يؤثر ماذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه، وأما مع الخطر المحوج الى الحجر أو المجوز للفسخ فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر ولانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم فهو أولى أن يمنع التسليم لان المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده

على الشجرة الواحدة ، ولان اعتبار الصلاح يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يتبع مالم يبد صلاحه من نوعه لما بدا كالشجرة الواحدة (والثانيه) لا يكون صلاحا ، ولا يجوز

ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم، ولان للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لامكان تقبيضه وإلا فلا، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم لانه فسخ للبيع للاعسار بثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك الى الحاكم لان ولاية الحجر اليه

(فصل) فان هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لانه إذا ملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى، وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم ان وجد الحاكم له مالا قضاه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فهو للمشتري، وان أعوز ففي ذمته، ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال لانا أبحنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير فههنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ولا يندفع الضرر برفع الامر إلى الحاكم لعجز البائع عن اثباته عند الحاكم، وقد يكون البيع في مكان لا حاكم فيه والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته فاحالته على هذا تضييع لماله وهذه الفروع تقوي ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار ثمنه لما في ذلك من الضرر

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة، وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لان التهمة تلحقه فيها فمنع منها. ولنا أنه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكروه من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته كالقبيحة ولانه إذ كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه ولو طالب المشتري البائع بكفيل لئلا تظهر حاملا لم يكن له ذلك لانه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طلب كفيلا بالثمن المؤجل

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز بيع الآبق)

وجملته أن بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً وعن شريح مثله، ولنا ماروى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولانه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء، فان حصل في يد إنسان جاز بيعه لامكان تسليمه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا الطائر قبل أن يصاد)

بيع إلا ما بدا صلاحه لانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه لعموم النهي، ولانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه كالذي في البستان الآخر.

وجملة ذلك أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح مملوكا أو غير مملوك أما المملوك فلانه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعلتين (إحداهما) العجز عن تسليمه (والثانية) أنه غير مملوك له، والاصل في هذا نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أولا يألفه لانه لا يقدر على تسليمه الآن وانما يقدر عليه إذا عاد، فان قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده الا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وان باعه الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحاً لم يجز لان الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فان كان مغلقا ويمكن أخذه جاز بيعه، وقال القاضي ان لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه وهذا مذهب الشافعي وهو ملغي بالبعيد الذي لا يمكن احضاره إلا بتعب ومشقة وفرقوا بينهما بان البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج اليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة ولا كذلك في إمساك الطائر، والصحيح ان شاء الله تعالى أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذاك فاذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

﴿مسألة﴾ قال (ولا السمك في الآجام)

هذا قول أكثر أهل العلم روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه وقال إنه غرر وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون مملوكا (الثاني) أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته (الثالث) أن يمكن اصطياده وامساكه فان اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه لانه مملوك معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في الطست، وان اختل شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لذلك، وان اختلت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل، وإن اختل اثنان منها لم يجز بيعه لعلتين، وروي عن عمر بن عبدالعزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله

ولنا ماروي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وهذا منه ولانه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء والعبد الآبق ولأنه مجهول فلم يصح بيعه كاللبن في الضرع والنوى في التمر ويفارق ما ذكروه لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليمكن قبضه، فأما ان كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه، وان لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف،

(فصل) فأما النوع الآخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يجوز بيعه وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الادراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وما

وان كانت كثيرة وتطاول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه والجهل بوقت إمكان التسليم

(فصل) اذا اعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه، لانه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز وما حصل فيهما ملكه ، وان كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ماحصل فيها من السمك لانها غير معدة له فأشبهت أرضه اذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك ، ومتى نصب شبكة أو شركا أو فخاً أو أحبولة ملك ماوقع فيها من الصيد لانه بمنزلة يده وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتلت صيداً حل له أكله وكان كذبحه ، ولو وقع في شبكته أوشبهها شيء كان مضمونا عليه فعلم بذلك أنه كيده، ولو أعد لمياه الامطار مصانع أو بركا أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه بحصوله فيها لأنها في باب الاعداد كالشباك للاصطياد ولو أعد سفينة للاصطياد كالتي يجعل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر ليثب السمك فيها كان حصوله فيها كحصوله في شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع فيها ومن سبق اليه فأخذه ملكه كالارض التي لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع اذا دخلها ماء فيه سمك ثم نضب عنه أو دخل فيها ظبي أو عشش فيها طائر أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه صاحبها لانه ليس من نماء الارض ولا مما هي معدة له لكنه يكون أحق به اذ ليس لغيره التخطي في أرضه ولا الانتفاع بها فان تخطى وأخذه أخطأ وملكه قال أحمد في ورشان على نخلة قوم صاده انسان هو للصائد ، وقال في طيرة لقوم أفرخت في دار جيرانهم إن الفرخ يتبع الام برد فراخها على أصحاب الطيرة ، واختار ابن عقيل في المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلأ وشبهه أنه لا يملكه بأخذه لانه سبب منهي عنه فلم يفد الملك كالبيع المنهي عنه إذ السبب لا يختلف بين كونه بيعا أوغيره لقوله عليه السلام « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » والصحيح الاول ولا نسلم أن السبب منهي عنه فان السبب الاخذ وليس بمنهي عنه إنما نهي عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع ، ولان النهي ههنا لحق آدمي فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب وتلقي الركبان والنجش وبيعه على بيع أخيه ، ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحا كالارض التي على ساحل البحر يجعل اليها طريقاً للماء فاذا امتلأت قطعه عنها أو تكون أرضه سبخة يفتح اليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحا ملكه بذلك لانها معدة له فاشبهت البركة المعدة للصيد وان لم يكن أعدها لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا في مثلها ، فان قيل فقد روي عن احمد في انسان رمى طيراً ببندق فوقع في دار قوم فهو لهم دونه ، وهذا يدل على انهم ملكوه بحصوله في دارهم قلنا هذا محمول على أنه وقع ممتنعاً فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم ، كذلك قال ابن عقيل ويتعين حمله على هذا لانهم إذا لم يملكوا ماحصل في دارهم بفعل الله تعالى فما حصل بفعل آدمي أولى ،ولانه وقع في الدار بعد الضربة المثبتة له التي يملك بها الصيد فأشبه ما لو اطارت الريح ثوب انسان فألقته في دارهم، ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بذلك لانها غير معدة للصيد في هذه الحال فأشبهت الارض التي ليست معدة له

يتأخر تأخراً كثيراً فلايجوزه في الباقي ، وقال أبو الخطاب يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب فيتبعه

(فصل) وما حصل من الصيد في كلب انسان او صقره أو فهده وكان استرسل بارسال صاحبه فهو له لانه آكد من الشبكة لانه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وارسال صاحبه فهو كسهمه ولان الله تعالى قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) وان استرسل بنفسه فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض انسان في أنه لا يملكه وليس لغيره اخذه فان أخذه غيره ملكه كالكلأ وكذلك ما يحصل في بهيمة انسان من الحشيش في المرعى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوكيل اذا خالف فهو ضامن الا أن يرضى الآمر فيلزمه)

وجملة ذلك أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع مالم يؤذن له في بيعه أو اشترى غير ما عين له فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف لانه خرج عن حال الامانة وصار بمنزلة الغاصب فأما قوله إلا أن يرضى الآمر فيلزمه يعني إذا اشترى غير ما أمر بشرائه بثمن في ذمته فان الشراء صحيح ويقف على اجازة الموكل فان أجازه لزمه وعليه الثمن وان لم يقبل لزم الوكيل، ويتعين حمله على هذه الصورة لانه قد بين في موضع آخر فقال إلا ان يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء وذكره في كتاب العتق ايضا فلذلك تعين حمل هذه المسئلة على ماقلنا، وانما صح الشراء لانه متصرف في ذمته لافي مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا لان الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا إنه اذا اشترى في الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل وان خرج مغصوبا لم يبطل العقد وانما وقف على اجازة الآمر لانه قصد الشراء له فان أجازه لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشتراه

(فصل) وان اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (احداهما) البيع باطل ويجب رده وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فان أجازه نفذ ولزم البيع وان لم يجزه بطل وهذا مذهب مالك واسحاق وقول أبي حنيفة في البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال ، ووجه هذه الرواية ماروى عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه ان النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار في الطريق قال فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الاثرم وابن ماجه ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فيجب أن يقف على إجازته كالوصية ، ووجه الرواية الاولى قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام « لا تبع ماليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني ما لا تملك لانه ذكره جوابا له حين سأله انه يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الايجاب ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل انه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

(فصل) ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشتريها ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي

في جواز البيع كالنوع الواحد ، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته

ولا نعلم فيه مخالفاً لان حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك »

(فصل) ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى سكوته اقرار لانه دليل على الرضى فأشبه سكوت البكر في الاذن في نكاحها . ولنا ان السكوت محتمل فلم يكن اذناً كسكوت الثيب وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود ههنا .

(فصل) واذا وكل رجلين في بيع ساعته فباع كل واحد منها السلعة من رجل بثمن مسمى فالبيع للاول منهما روي هذا عن شريح وابن سيرين والشافعي وابن المنذر وحكي عن ربيعة ومالك أنهما قالا هي للذي بدأ بالقبض

ولنا أنه قد روي في حديث « اذا باع المجيزان فهو للاول » رواه ابن ماجه ولان الوكيل الثاني زالت وكالته بانتفاء ملك الموكل عن السلعة فصار بائعاً ملك غيره بغير اذنه فلم يصح كما لو قبض الاول او كما لو زوج أحد الوليين بعد الاول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز)

لا نعلم بين اهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة متفق عليه ، والملامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته الي فقد اشتريته بكذا هذا ظاهر كلام أحمد ونحوه قال مالك والاوزاعي وفيما روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر اليه، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه ، وروى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل والمنابذة ان ينبذ كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيهما لعلتين (احداهما) الجهالة (والثانية) كونه معلقا على شرط وهو نبذ الثوب اليه او لمسه له وان عقد البيع قبل نبذه فقال بعتك ما تلمسه من هذه الثياب او ما انبذه اليك فهو غير معين ولا موصوف فاشبه ما لو قال بعتك واحداً منها

(فصل) ومن البيوع المنهي عنها بيع الحصاة فان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة رواه مسلم واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعتك من هذه الارض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا وقيل هو ان يقول بعتك هذا بكذا على اني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) وروى أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة أخرجه البخاري والمخاضرة بيع الزرع الاخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ،

وقيام كل نوع مقام الآخر في المقصود والمعنى ههنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنسين

والمحاقلة بيع الزرع بحب من جنسه قال جابر المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة قال الازهري الحقل القراح المزروع والحواقل المزارع ، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الارض بالحنطة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك بيع الحمل غير أمه واللبن في الضرع)

معناه بيع الحمل في البطن دون الام ولا خلاف في فساده . قال ابن المنذر وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وانما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) جهالته فانه لاتعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فانه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح قال أبو عبيد : الملاقيح مافي البطون وهي الاجنة والمضامين مافي أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضربه الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد :

ان المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحدب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر . قال ابن الاعرابي : المجر مافي بطن الناقة ، والمجر الربا والمجر القمار والمجر المحاقلة والمزابنة

(فصل) وقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع حبل الحبلة متفق عليه معناه نتاج النتاج قاله أبو عبيدة ، وعن ابن عمر قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة . وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم رواه مسلم ،وكلا البيعين فاسد أما الاول فلانه بيع معدوم وإذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى وأما الثاني فلانه بيع إلى أجل مجهول

(فصل) ولايجوز بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وابو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة إذا عرفا حلابها لسقي الصبي كابن الظئر وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة ولنا ماروى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أولبن في ضرع رواه الخلال باسناده ، ولانه مجهول الصفة والمقدار فأشبه الحمل لانه بيع عين لم تخلق فلم يجز كبيع ماتحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف وأما ابن الظئر فانما جاز للحضانة لانه موضع حاجة

(فصل) واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر فروي انه لايجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ولانه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه وروي عنه انه يجوز بشرط جزه في الحال لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء فانه لايمكن تسليمها مع سلامة الحيوان ، والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع فان اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة اذا اشتراها فتركها حتى طالت

(فصل) ولا يجوز بيع ماتجهل صفته كالمسك في الفأر وهو الوعاء الذي يكون فيه قال الشاعر:

(فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلايتبع أحدها الآخر في جواز بيع أحدها ببدو صلاح الآخر سواء كانا متجاورين أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن أحمد ان بدو الصلاح

إذا التاجر الهندي جاء بفأرة * من المسك راحت في مفارقهم تجري

قال فتح وشاهد مافيه جاز بيعه وإن لم يشاهده لم يجز بيعه للجهالة وقد قال بعض الشافعية يجوز لان بقاءه في فأره مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته فأشبه ما مأكوله في جوفه. ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف وأما مأكوله في جوفه فاخراجه يفضي إلى تلفه والتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه ومن ذلك البيض في الدجاج والنوى في التمر لايجوز بيعهما للجهل بهما ولا نعلم في هذا خلافا نذكره

(فصل) فأما بيع الأعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوما أو بالشم إن كان مشموما صح بيعه وشراؤه، وإن لم يمكن جاز بيعه كالبصير وله خيار الخلف في الصفة، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأثبت أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالمبيع إما بحسه أو ذوقه أو وصفه، وقال عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز واذا أمر إنسانا بالنظر اليه لزمه، وقال الشافعي لايجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه لانه مجهول الصفة عند العاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاج والنوى في التمر. ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ولان إشارة الاخرس تقوم مقام نطقه فكذلك شم الاعمى وذوقه وأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع عسب الفحل غير جائز)

عسب الفحل ضرابه وبيعه أخذ عوضه وتسمى الاجرة عسب الفحل مجازاً وإجارة الفحل للضراب حرام والعقد فاسد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جوازه قال ابن عقيل: ويحتمل عندي الجواز لانه عقد على منافع الفحل ونزوه وهذه منفعة مقصودة والماء تابع والغالب حصوله عقيب نزوه فيكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي. ولنا ماروى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل رواه البخاري، وعن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ضراب الجمل رواه مسلم ولانه مما لايقدر على تسليمه فأشبه إجارة الآبق ولان ذلك متعلق باختيار الفحل وشهوته ولان المقصود هو الماء وهو مما لايجوز إفراده بالعقد وهو مجهول، وإجارة الظئر خولف فيه الاصل لمصلحة بقاء الآدمي فلا يقاس عليه ماليس مثله، فعلى هذا اذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ لما ذكرنا ولا يحرم على المعطي لانه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج اليه ولا يمتنع هذا كما في كسب الحجام فانه خبيث، وقد أعطى النبي صلى الله عليه وسلم الذي حجمه وكذلك أجرة الكسح، والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها، وإن أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من غير إجارة جاز، وبه قال الشافعي لما روي عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا كان إكراماً فلا بأس » ولانه سبب مباح فجاز أخذ الهدية عليه كالحجامة، وقال أحمد في رواية ابن القاسم: لايأخذ. فقيل له ألا يكون مثل الحجام يعطى وإن كان منهياً عنه؟ فقال لم يبلغنا

في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك، لانهما يتقاربان في الصلاح فأشبه القراح الواحد ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد والاول المذهب لانه إنما جعل ما لم يبد صلاحه

ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى في مثل هذا شيئا كما بلغنا في الحجام، ووجهه ان ما منع أخذ الاجرة عليه منع قبول الهدية كمهر البغي وحلوان الكاهن ، قال القاضي هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاه في الحجام فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس والذي ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم

﴿ مسألة ﴾ قال (والنجش منهي عنه وهو أن يزيد في السلعة وليس هو مشتريا لها)

النجش أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقتدي به المستام فيظن انه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيغتر بذلك فهذا حرام وخداع . قال البخاري الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل ، وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش، وعن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الركبان ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد » متفق عليهما ولان في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الخديعة في النار » فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ان البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد

ولنا ان النهي عاد الى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع ولأن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد كتلقي الركبان وبيع المعيب والمدلس، وفارق ما كان لحق الله تعالى لان حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان ، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن . وقال أصحاب الشافعي إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه فلا خيار له ، واختلفوا فيما اذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته . ولنا انه تغرير بالعاقد فاذا كان مغبوناً ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ويبطل ما ذكره بتلقي الركبان

(فصل) ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشتراها بذلك ثم بان كاذبا فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(فصل) وقوله عليه السلام « لا يبع بعضكم على بيع بعض » معناه ان الرجلين اذا تبايعا فجاء آخر الى المشتري في مدة الخيار فقال : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمنها أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه فهذا غير جائز لنهي النبي ﷺ عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه ، وكذلك ان اشترى على شراء أخيه وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشتري به فهو محرم أيضا لانه في معنى المنهي عنه ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي ولان النبي ﷺ نهى ان يخطب على خطبة أخيه وهو في معنى الخاطب فان خالف وعقد فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، ويحتمل أنه صحيح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ

بمنزلة ما بدا دفعاً لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه والذي في القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا فان بدا صلاح النوع

البيع من أجله وذلك سابق على البيع ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبه بيع النجش وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يسم الرجل على سوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري وهو الذي تناوله النهي (الثاني) أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي ﷺ باع في من يزيد فروى أنس أن رجلا من الانصار شكى إلى النبي ﷺ الشدة والجهد فقال له « أما بقي لك شيء ؟ » فقال بلى، قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأتاه بهما فقال « من يبتاعهما ؟ » فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي ﷺ « من يزيد على درهم من يزيد على درهم » فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه. رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وهذا أيضا اجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة (الثالث) أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه فلا يجوز له السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر (الرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح فقال القاضي لا تحرم المساومة وذكر ان احمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ولان الاصل إباحة السوم والخطبة فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الاصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجها حسنا فان النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولانه وجد منه دليل الرضا أشبه مالو صرح به ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لانها جاءت مستشيرة للنبي صلى الله عليه وسلم وليس ذلك دليلا على الرضا فكيف ترضى وقد نهاها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم، والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه

(فصل) بيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لان البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط

ولنا أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطيء رجلا على أن يظهرا انه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان باع حاضر لباد فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضري إلى البادي وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ويقول أنا أبيع لك فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » والبادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو بلدة أخرى نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس نهى النبي صلى الله عليه أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس: ما قوله

الواحد فأفرد بالبيع مالم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي وتعذر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي إذا باعه مابدا صلاحه لانه دخل في البيع تبعاً

« حاضر لباد؟» قال لا يكون له سمساراً متفق عليه ، وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها الا بسعر البلد ضاق على أهل البلد وقد أشار النبي ﷺ في تعليله الى هذا المعنى ، وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونقل أبو اسحاق بن شاقلا في جملة سماعاته ان الحسن ابن علي المصري سأل احمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به فقال له فالخبر الذي جاء بالنهي قال كان ذلك مرة ، فظاهر هذا صحة البيع وان النهي اختص بأول الاسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه والمذهب الاول لعموم النهي وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له (والثاني) أن يكون البادي جاهلا بالسعر لقوله فيعرفه السعر ولا يكون التعرف الا للجاهل وقد قال أحمد في رواية أبي طالب اذا كان البادي عارفا بالسعر لم يحرم (الثالث) أن يكون قد جلب السلع للبيع لقوله وقد جلب السلع والجالب هو الذي يأتي بالسلع ليبيعها وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها (والثاني) أن يكون بالناس حاجة الى متاعه وضيق في تأخير بيعه ، وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا الا حاجة الناس الى متاعه ، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وان اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الخرقي ببطلانه ونص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد قال سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوي فقال أكره ذلك وأرد البيع في ذلك وعن أحمد رواية أخرى ان البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه . ولنا انه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه

(فصل) فاما الشراء لهم فيصح عند أحمد وهو قول الحسن ، وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع يروى عن أنس قال : كان يقال هي كلمة جامعة يقول لا تبيعن له شيئاً ولا تبتاعن له شيئاً ، وعن مالك في ذلك روايتان ، ووجه القول الاول ان النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فان النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر وليس ذلك في الشراء لهم إذ لا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع مايدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر ، وأما ان أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والاوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصابي حجة مالم يثبت خلافه

(فصل) قال ابن حامد ليس للامام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على مايختارون وهذا مذهب الشافعي ، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به بع كما يبيع الناس

دفعاً لمضرة الاشتراك ولا يوجد ذلك ههنا ، ولانه قد يدخل في البيع تبعاً ما لا يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض ، ويحتمل الجواز لان الكل في حكم ما بدا صلاحه فأشبه بيعه معه

وإلا فاخرج عنا ، واحتج له بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم ابن محمد عن عمر انه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك فاما أن ترفع في السعر واما ان تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت ،ولان في ذلك اضرارا بالناس إذا زاد تبعه أصحاب المتاع وإذا نقص أضر باصحاب المتاع . ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا . فقال « إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ، انى لارجو أن القى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سألوه ذلك ولو جاز لاجابهم اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولانه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما اتفق الجماعة عليه قال بعض أصحابنا التسعير سبب الغلاء لان الجالبين اذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة اليها فلا يجدونها إلا قليلا فيرفعون في ثمنها ليصلوا اليها فتغلوا الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراما، فأما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم اتى حاطبا في داره فقال إن الذى قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد فحيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ما قلنا وما ذكروه من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ونهي عن تلقي الركبان)

فان تلقوا واشتري منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق وعرفوا أنهم قد غبنوا ان أحبوا أن يفسخوا البيع فسخوا ، روي أنهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن تهبط الاسواق فربما غبنوهم غبناً بينا فيضرونهم وربما أضروا بأهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويتربصون بها السعر فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبدالبر، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والاول اصح لان أباهريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ولان النهي لا لمعنى في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن

وكما لو أفرد بالبيع ما بدا صلاحه

﴿مسئلة﴾ (وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يتموه ،وفي سائر الثمار

استدراكها باثبات الخيار فأشبه بيع المصراة ، وفارق بيع الحاضر للبادي فانه لايمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين ، فاذا تقرر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن وقال أصحاب الرأي لاخيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لاحد مع قوله، وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لانه انما ثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده لانه معنى يتعلق الخيار بمثله ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ،ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة لان مادون ذلك لا ينضبط ، وقال اصحاب مالك انما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لاهل السوق لئلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى. قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها . وقال الليث بن سعد تباع في السوق، وهذا مخالف لمدلول الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا دخل السوق ولم يجعلوا له خياراً وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على ان النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره ولان الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته فلا يعرج على مثل هذا والله أعلم

(فصل) فان تلقى الركبان فباعهم شيئاً فهو بمنزلة الشراء منهم ولهم الخيار اذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة ، وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لانهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل في هذا ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم وهذا في البيع كهو في الشراء والحديث قد جاء مطلقا ولو كان مختصا بالشراء لألحق به مافي معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فقال القاضي ليس له الابتياع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ويحتمل أن لايحرم عليه ذلك ، وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ووجه الاول انه إنما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وهذا متحقق سواء قصد التلقي أولم يقصده فوجب المنع منه كما لو قصد

(فصل) وإن تلقى الجلب في أعلى الاسواق فلا بأس فان ابن عمر روى أن النبي ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الاسواق رواه البخاري، ولانه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء فلم يدخل في النهي كالذي وصل الى وسطها

(فصل) والاحتكار حرام لما روى الاثرم عن أبي أمامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام وروى أيضا باسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من

أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله)

وجملة ذلك أن ماكان من الثمر يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والعنب غير الأبيض والاجاص

احتكر فهو خاطيء » وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع اصحابه فرأى طعاما كثيرا قد القي على باب مكة فقال ماهذا الطعام ؟ فقالوا جلب الينا فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه فقيل له فانه قد احتكر قال ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك فارسل اليهما فقال ماحملكما على احتكار طعام المسلمين قالا نشتري بأموالنا ونبيع قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الافلاس » قال الراوي فاما مولى عثمان فباعه وقال والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيته مجذوما ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »

(فصل) والاحتكار المحرم مااجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئا أو ادخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكراً روي عن الحسن ومالك وقال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولان الجالب لايضيق على أحد ولا يضربه بل ينفع فان الناس إذا علموا عنده طعاما معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه (الثاني) أن يكون المشترى قوتا فأما الادام والحلواء والعسل والزيت واعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب وهو راوي حديث الاحتكار يحتكر الزيت قال أبو داود كان يحتكر النوى والخبط والبزر ولان هذه الاشياء مما لا تعم الحاجة اليها فأشبهت الثياب والحيوانات (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور قال أحمد الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثغور، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر لايحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالبا (الثاني) أن يكون في حال الضيق بان يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الاموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لايضيق على أحد فليس بمحرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل)

وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعي وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يعصرها خمراً فهو محرم ، وانما يكره اذا شك فيه وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لابأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً قال الثوري بع الحلال ممن شئت واحتج لهم بقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع تم باركانه وشروطه

ولنا قول الله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وهذا نهي يقتضي التحريم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يامحمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيها وأشار الى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس وقال

فبدو صلاحه بذلك ، فان كان العنب أبيض فصلاحه بتموهه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفو لونه ،فان كان مما لايتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو ويطيب، وإن كان بطيخاً أونحوه فبأن يبدو فيه النضج

قد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابن بطة في تحريم النبيذ باسناده عن محمد بن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له فأخبره عن عنب انه لا يصلح زبيبا ولا يصلح ان يباع الا لمن يعصره فأمر بقلعه وقال : بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه اجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها محل النزاع بدليلنا وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه قلنا لكن وجد المانع منه ، اذا ثبت هذا فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصد المشتري ذلك اما بقوله واما بقرائن مختصة به تدل على ذلك فاما ان كان الامر محتملا مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر فالبيع جائز واذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لان المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب

ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح كاجارة الامة للزنا والغناء وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولان التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع درهم بدرهمين ويفارق التدليس فانه لحق آدمي

(فصل) وهكذا الحكم في كل مايقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الامة للغناء أو إجارتها كذلك أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط الاقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء . وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا

(فصل) قيل لاحمد رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيما وقد احتاج الى بيعها قال يبيعها على أنها ساذجة فقيل له فانها تساوي ثلاثين الف درهم فاذا بيعت ساذجة تساوي عشرين دينارا قال لا تباع الا على أنها ساذجة ، ووجه ذلك ماروى أبو امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي : هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء ، فأما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر

(فصل) ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز، وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشرائها وهو غير صحيح فان عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال « لا، هو حرام » ثم قال رسول صلى الله عليه وسلم « قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه . ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ولان الخمر نجسة محرمة يحرم

وإن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً كالقثاء والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي بلوغه تناهي عظمه وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه فان بدو صلاح الشيء ابتداؤه

بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير ولانه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالخنزير

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويبطل البيع اذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهي عن الشرطين في البيع، ذهب أحمد إلى ماروى عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبع ماليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لا بي عبدالله إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال الشرط الواحد لا بأس به في البيع انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جمله وشرط ظهره إلى المدينة، واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما فروي عن احمد انهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكي ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاما واشترط طحنه وحمله ان اشترط أحد هذه الاشياء فالبيع جائز وان اشترط شرطين فالبيع باطل، وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير، وروى الاثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد وأنه لا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين، وروى عنه أسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع أن يقول اذا بعتكها فأنا أحق بها بالثمن وان تخدمني سنة، وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهي عنهما ماكان من هذا النحو فأما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد انه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصلحة العقد أو لغير مصلحته أخذاً من ظاهر الحديث وعملا بعمومه، ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأى بين الشرط والشرطين، ورووا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد، والحديث الذي رويناه يدل على الفرق ولان الغرر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم منه احتمال الكثير وحديثهم لم يصح وليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مرويا في مسند ولا يعول عليه، وقول القاضي إن النهي يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً فان شرط مايقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ماهو من مصلحة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه قلت أو كثرت، ولم يذكر أحمد في هذه المسئلة شيئاً من هذا القسم فالظاهر انه غير مراد له

(فصل) والشروط تنقسم الى أربعة اقسام (احدها) ماهو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد (الثاني) تتعلق به مصلحة العاقدين كالاجل والخيار والرهن والضمين والشهادة او اشتراط صفة مقصودة في المبيع

وتناهي عظمه آخر صلاحه، ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجعل بدو صلاحه فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من

كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا (الثالث) ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان (احدهما) اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره (الثاني) أن يشترط عقداً في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري وسنذكره ان شاء الله تعالى (الرابع) اشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين (أحدهما) اشتراط ما بني على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح على روايتين (إحداهما) يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لان عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لانه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه اذا شرط أن لا يبيعه لانه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه مالو شرط أن يبيعه، وليس في حديث عائشة انها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بارادتها لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء، فاذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها، وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وإن لم يعتقه ففيه وجهان (أحدهما) يجبر لان شرط العتق اذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه كما لو نذر عتقه (والثاني) لا يجبر لان الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل مالو شرط الرهن والضمين، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لانه لم يسلم له ما شرطه له أشبه مالو شرط عليه رهناً، وان تعب المبيع أو كان أمة فأحبلها أعتقه وأجزأه لان الرق باق فيه، وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئا فهو له، وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا، وكم يساوي اذا بيع بشرط العتق؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته

(الضرب الثاني) أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، وان أعتقه فالولاء له فهذه وما اشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين. قال القاضي المنصوص عن احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي ههنا وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور (والثانية) البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقداً آخر ولان الشرط اذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي

ولنا ماروت عائشة قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت أن أحب أهلك ان اعدها لهم عدة واحدة ويكون لي ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال «خذيها

أهل العلم أو مقارب له، وقال عطاء لايباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير وروي عن ابن عمر وابن عباس ولعلهم أرادوا صلاحه للاكل فيرجع معناه إلى ماقلنا فان ابن عباس قال: نهى رسول الله صلى

واشترطي الولاء فانما الولاء لمن أعتق » ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد : مابال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب، فان قيل المراد بقوله اشترطي لهم الولاء أي عليهم بدليل أنه امرها به ولا يأمرها بفاسد، قلنا لايصح هذا التأويل لوجهين (أحدهما) أن الولاء لها باعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه (الثاني) انهم ابوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم انهم لا يقبلونه منها ؟ واما امره بذلك فليس هو امراً على الحقيقة وانما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقوله تعالى (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا أو لا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء او لا تشترطي ولهذا قال عقيبه فانما الولاء لمن اعتق وحديثهم لااصل له على ماذكرنا، وماذكروه من المعنى في مقابلة النص غير مقبول

(فصل) فان حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط لان البائع انما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشتري انما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا

(فصل) فان حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض اولم يتصل ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي ، وذهب ابو حنيفة إلى ان الملك يثبت فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته واحتج بحديث بريرة فان عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق،والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب ان يملكه كما لو كان العقد صحيحا

ولنا انه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة او دما فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لاعلى ماذكروه وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهران اهل بريرة حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ،ويحتمل ان الشرط كان سابقا للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل) وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل واجرة مثله مدة بقائه في يده وان نقص ضمن نقصه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة ايضاً فان تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولان احمد نص عليه في الغصب ولانه قبضه باذن مالكه فأشبه العارية ،وذكر الخرقي في الغصب انه يلزمه قيمته اكثر ماكانت فيخرج ههنا كذلك وهو اولى لان العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حال تلفها كما لو اتلفها بالجناية ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل متفق عليه ، وان أرادوا حقيقة الاكل فيحمل على ذلك موافقة لاكثر الاخبار وهو ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمر حتى يطيب

(فصل) فان كان المبيع امة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده انها ملكه ولان في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد اذا سقط للشبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس اذا زوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لانه معقود على الوطء ولا كذلك البيع فانه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها، فان قيل فاذا اوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ واذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها باصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لان مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا ، وأما الثاني فانه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه فاذا أتلفه وجب ضمان عينه ، ولا يجوز ان تضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فانه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الاصل وعلى الواطيء قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتاً لم يضمن لأنه انما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ ، فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتاً وجب ضمانه ، قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ، ولإن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه وعليه ضمان نقص الولادة ، وان ضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة للسيد منها أقل الامرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له قام مقام خروجه حياً ولذلك ضمنه البائع. وانما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئاً ، وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لانه بسبب ذلك ضمن ، وإن ضرب الواطيء بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها شيئاً وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة الى البائع حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه ، وان ملكها الواطيء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علقت منه في غير ملكه فأشبه الزوجة، وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) اذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه وعلى المشتري رده على البائع الاول لانه ماله ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائعه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامناً ، فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، فان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ما كان عليه أو ولدت

أكله متفق عليه ، ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو قيل وما تزهو؟ قال «تحمار أو تصفار» رواه البخاري ونهى عن بيع العنب حتى يسود ، رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل

الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب، واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ، فان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف . قال القاضي: وهذا ظاهر كلام أحمد

(فصل) اذا باع بيعاً فاسداً وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه في يده فكان أحق به كالمرتهن ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) اذا قال بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المنع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا ما لو قال أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أما في مسئلتنا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان

(فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع الى البائع درهما أو غيره على انه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال عربون وأربون وعربان وأربان، قال أحمد لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر انه أجازه ، وقال ابن سيرين لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً وقال أحمد هذا في معناه واختار أبو الخطاب انه لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن لان النبي ﷺ نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجه، ولانه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط ان له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما ، وهذا هو القياس وانما صار أحمد فيه الى ماروي فيه عن نافع بن عبد الحارث انه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن امية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا . قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه ؟ قال اي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه وضعف الحديث المروي ، روى هذه القصة الاثرم باسناده ، فأما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وان لم أشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتديء وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل ان الشراء الذي اشتري لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وان لم يشتري السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لانه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت على هذا المعنى والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع)

لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قال بعتك بكذا على ان آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع وكذلك ان باعه بذهب على ان يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه)

وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لانه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة قال أحمد هذا معناه، وقد روى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وروي أيضاً عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهكذا كل ماكان في معنى هذا مثل أن يقول بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الاخرى بكذا أو على أن تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا فهذا كله لا يصح ،قال ابن مسعود الصفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزه مالك وقال لا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير . ولنا الخبر وان النهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بذلك الشرط فاذا فات فات الرضى به ، ولانه شرط عقداً في عقد لم يصح كنكاح الشغار ، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً ؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله أعلم

(فصل) وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر وهو أن يقول بعتك هذا العبد بعشرة نقداً أو بخمسة عشر نسيئة أو بعشرة مكسرة أو تسعة صحاحا هكذا فسره مالك والثوري واسحاق وهو أيضاً باطل وهو قول الجمهور لانه لم يجزم له ببيع واحد فأشبه مالو قال بعتك هذا أو هذا ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ولان أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بعتك أحد عبيدي ، وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب على أحدهما وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقدا كافيا ، وان لم يوجد ما يقوم مقام الايجاب أو يدل عليه فلم يصح لان ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجابا لما ذكرناه، وقد روي عن أحمد فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم انه يصح فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن العقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه إلا على احدى الصفقتين فتتعين الاجرة المسماة عوضا له فلا يفضي الى التنازع وههنا بخلافه

(فصل) ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل

إذا باع عبده أو أمته وله مال ملكه إياه أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم

وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا الا ان مالكا قال ان ترك مشترط السلف السلف صح البيع . ولنا ما روى عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن وعن بيع ما لم يقبض، وعن بيعتين في بيعة ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف، أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ «لا يحل بيع وسلف» ولانه اشترط عقداً في عقد ففسد كبيعتين في بيعة ولانه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لاجله فتصير الزيادة في الثمن عوضا عن القرض وربحا له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به ولانه بيع فاسد فلا يعود صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما

(فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الاجارة نحو أن يقول بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهما، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الاخرى بألف أو باعه سيفا محلى بالذهب بفضة أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو الخطاب في ذلك وجه آخر أنه لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان حكمهما مختلف فان المبيع يضمن بمجرد البيع والاجارة بخلافه والاول أصح وماذكروه يبطل بما إذا باع شقصا وسيفا فانه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر فاما ان جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبتك وبعتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة لم يصح لان المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئاً ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن ، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة ، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال في الكل وجهان والذي ذكرناه ان شاء الله تعالى أولى

(فصل) في تفريق الصفقة ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد وهو على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يبيع معلوما ومجهولا كقوله بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لان المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لان معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

(الثاني) أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير اذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك الا بعضها ففيه وجهان (أحدهما) يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه (والثاني) لا يصح فيهما وأصل الوجهين ان أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (إحداهما) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرة والاولى أنه يصح فيما يملكه وهو قول مالك وأبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين

ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه

وغيره ولان العبد وماله للبائع ، فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما وان اشترطه المبتاع كان له للخبر ، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وقضى به شريح ، وبه

كما لو باع شقصا وسيفا ولان ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة، وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وههنا بخلافه

(القسم الثالث) ان يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالاجزاء كعبد وحر وخل وخمر وعبده وعبد غيره وعبد حاضر وآبق فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه وفي الآخر روايتان نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعا ، وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما الا أن يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ، ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو اجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما ، وان لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الاجازة بحكم حاكم بصحة بيعه ، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ولان الثمن مجهول لانه انما يتبين بالتقسيط للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصة من رأس المال ولانه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك اذا لم يصرح، وقال من نصر الرواية الاولى انه متى سمى ثمنا في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيبا فأخذ أرشه، والقول بالفساد في هذا القسم ان شاء الله أظهر والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع الا ان الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها

(فصل) وان وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ العقد في الباقي رواية واحدة ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحا فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين معيبا فرده أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(فصل) وان كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعاهما صفقة واحدة بثمن واحد أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد ففيه وجهان (أحدهما) يصح فيهما ويتقسط العوض على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبداً واحداً لهما أو قفيزين من صبرة واحدة (والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما اذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء فلا جهالة فيه

(فصل) ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وان لم يعلم مثل أن اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك الا نصفه أو عبدين فتبين أنه لا يملك الا أحدهما فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار

قال مالك والشافعي وإسحاق.

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع ، وإن لم يكن قصده

له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر الى القبض فيهما فتلف أحدها قبل قبضه فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ماقبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ماقبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم فان أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ماوافقه الوصي عليه)

وجملته ان لولي اليتيم أن يضارب بماله وان يدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح أباكان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم وهو أولى من تركه وممن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ويروى اباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه الا ماروي عن الحسن ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ولان خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ولي يتيما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع ولان ذلك احظ للمولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في اموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم الا أنه لايتجر الا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا لأمين ولا يغرر بماله، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها أن هلك غرمته فتى اتجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم، واجاز الحسن بن صالح واسحاق أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه لانه جاز أن يدفعه بذلك الى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه والصحيح ماقلنا لان الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره الا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه فاما إن دفعه الى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه أي اتفقا عليه في قولهم جميعا لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله

(فصل) ويجوز لولي اليتيم ابضاع ماله ومعناه دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها أبضعت مال محمد بن أبي بكر ولانه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى ويجوز أن يشتري له العقار لانه مصلحة له فانه يحصل منه الفضل ويبقى الاصل والغرر فيه أقل من التجارة لان أصله محفوظ ويجوز أن يبني له عقاراً لانه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه واذا أراد البناء بناه بما يرى الحظ في البناء به، وقال اصحابنا يبنيه بالآجر والطين ولا يبني باللبن لانه اذا هدم لامرجوع له ولا بجص لانه يلتصق بالآجر فلا يتخلص منه فاذا هدم فسد الآجر لان تخليصه منه يفضي إلى كسره، وهذا مذهب الشافعي، والذي قلناه أولى ان شاء الله تعالى فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع

المال لم يشترط علمه)

إذا اشترى عبداً واشترط ماله وكان المال مقصوداً بالشراء صح اشتراطه للخبر ويشترط أن يوجد

حظه وماله ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ولعل ذلك لايكون في حياته ولا يحتاج اليه مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لايحصل منها طائل وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها فلا يصح في حق غيرهم

(فصل) ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لانا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تفويتاً للحظ فان احتيج الى بيعه جاز نقل أبو داود عن أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار اذا كان نظراً لهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قالوا يبيع اذا رأى الصلاح. قال القاضي لا يجوز الا في موضعين (أحدهما) أن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل قال أبو الخطاب كالثلث ونحوه أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه: وهذا مذهب الشافعي، وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يختص بما ذكروه، وقد يرى الولي الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره فيبيعها ويشتري له بثمنها داراً يصلح له المقام بها واشباه هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وان دفع فيه مثلا ثمنه إما لحاجته اليه وإما لانه لايمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم «من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه» فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكروه في الجواز ولا في المنع بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه وإلا فلا

(فصل) ويجوز لولي اليتيم كتابة رقيق اليتيم واعتاقه على مال إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفا فيكاتبه بألفين أو يعتقه بألفين فان لم يكن فيها حظ لم يصح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز إعتاقه لان الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار، وقال الشافعي لا تجوز كتابته ولا اعتاقه لان المقصود منها العتق دون المعاوضة فلم تجز كالاعتاق بغير عوض ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعه ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقا فانه اذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فانه لا نفع فيه فمنع منه لعدم الحظ وانتفاء المقتضي لا لما ذكروه ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً، ويتوجه أن يصح قال أبو بكر يتوجه العتق بغير عوض للحظ مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعين ولو أفردت احداهما ساوت مائتين ولا يمكن افرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها

(فصل) قال أحمد ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية اذا كان له مال يعني مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الاضحية فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو عيد ويوم فرح

فيه شرائط البيع من العلم به وألا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لانه مبيع مقصود فأشبه ما لو ضم الى العبد عينا أخرى وباعهما، وان لم يكن قصده المال صح شرطه وان كان

وفيه جبر قلبه وتطييبه والحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنها أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل» رواه مسلم ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الادم فهو أولى وان كان افراده أرفق به أفرده لقول الله تعالى (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم ان الله عزيز حكيم) أي ضيق عليكم وشدد من قولهم أعنت فلان فلانا اذا ضيق عليه وشدد وعنت الرجل اذا ضلعت ، ويجوز للوصي ترك الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم وحكي لأحمد قول سفيان لا يسلم الوصي الصبي الا باذن الحاكم فأنكر ذلك وذلك لان المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه وملبوسه وكذلك يجوز له اسلامه في صناعة اذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(فصل) واذا كان الولي موسراً فلا يأكل من مال اليتيم شيئا اذا لم يكن أبا لقوله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف) وان كان فقيراً فله أقل الامرين من أجرته أو قدر كفايته لانه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً فلم يجز أن يأخذ الا ماوجدا فيه فاذا اكل منه ذلك القدر ثم أيسر فان كان أبا لم يلزمه عوضه رواية واحدة لان للاب ان يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وان كان غير الاب فهل يلزمه عوض ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يلزمه وهو قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لان الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض فأشبه سائر ما أمر باكله ولانه عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه ، وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لانه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر الى طعام غيره والاول أصح لانه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس بسبب للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو الاكل لم يجب بعده وفارق المضطر فان العوض واجب عليه في ذمته ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه

(فصل) فأما قرض مال اليتيم فاذا لم يكن فيه حظ له لم يجز قرضه ، فمتى أمكن الولي التجارة به أو تحصيل عقار له فيه الحظ لم يقرضه لان ذلك يفوت الحظ على اليتيم وان لم يمكن ذلك وكان قرضه حظاً لليتيم جاز . قال أحمد : لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد ان عمر استقرض مال اليتيم قال انما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه بشيء غرمه ، قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو نحوهما ، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفا أن يسوس أو تنقص قيمته وأشباه هذا فيجوز القرض لانه مما لليتيم فيه الحظ فجاز كالتجارة به ، وان لم يكن فيه حظ وانما قصد ارفاق المقترض وقضاء حاجته فهذا غير جائز لانه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وان أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، وقرضه لثقة أمين

مجهولا نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي ، وسواء كان المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عيناً كان أو ديناً ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو اكثر . قال البتي : إذا باع عبداً بالف

أولى من إيداعه لأن الوديعة لاتضمن اذا تلفت ، فان لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه فانه ربما رأى الايداع أحظ له من القرض فلا يكون مفرطا وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز الا لملىء أمين ليأمن جحوده وتعذر الايفاء وينبغي أن يأخذ رهناً ان أمكنه ، وان تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لان الظاهر ممن يستقرضه من أجل حظ اليتيم أنه لايبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ ، وقال أبو الخطاب يقرضه اذا أخذ بالقرض رهناً ، فظاهر هذا أنه لايقرضه الا برهن لان فيه احتياطا للمال وحفظا له عن الجحد والمطل ، وان أمكنه أخذ الرهن فالاولى له أخذه احتياطا على المال وحفظا له ، فان تركه احتمل أن يضمن ان ضاع المال لتفريطه ، واحتمل أن لايضمن لان الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين لانه متصرف بالاذن في مال غيره فأشبه الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه

(فصل) واذا ادعى الولي الانفاق على الصبي أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى أنه باع عقاره لحظه أو بناه لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي لايمضي الحاكم بيع الامين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينة ولا يقبل قولهما في ذلك ويقبل قول الاب والجد . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالاب والجد ، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالاب ، واذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل الا ببينة ، فان لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه ، وإن قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين ، وقال الغلام مامات أبي الا منذ سنتين فالقول قول الغلام ذكره القاضي لان الاصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) قال أحمد : يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ اذا كان من طريق النظر ، وقال أصحابنا يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار اذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه اضرار وبالصغار حاجة إلى البيع إما لقضاء دين أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى : يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لابد منه ولعلهما أرادا هذه الصورة لان في ذلك نظراً للصغار واحتياطا للميت في قضاء دينه وقال الشافعي لايصح بيعه على الكبار لانه تصرف في مال غيره من غير وكالة ولا ولاية فلم يصح كبيع ماله المفرز أو مالا تضر قسمته وهذا هو الصحيح وما ذكروه لاأصل له يقاس عليه ويعارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع مالهم بغير اذنهم ، ولأنه لايجوز له بيع غير العقار فلم يجز له بيع العقار كالاجنبي

(فصل) ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في احدى الروايتين وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولان

درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم وذلك لانه دخل في البيع تبعا غير مقصود فأشبه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف ، وقال القاضي : هذا

العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه وتزايده تزايدا خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء وليعلم هل يغبن أولا ، ولانه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البائع فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فأما إن تصرف بغير اذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ، ومبنى ذلك على ما اذا تصرف في مال غيره بغير اذنه وقد ذكرناها فيما مضى ، وأما غير المميز فلا يصح تصرفه وإن أذن له الولي فيه إلا في الشيء اليسير كما روي عن أبي الدرداء أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه ، فان جاوز ما استدان قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته إلا أن يكون مأذونا له في التجارة فيلزم مولاه جميع ما استدان)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) في استدانة العبد ، يعني أخذه بالدين يقال اداني واستدان وتدين . قال الشاعر :

يؤنبني في الدين قومي وانما　　تدينت فيما سوف يكسبهم حمداً

والعبيد قسمان : محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضى سيده مثل أن يقترض أو يشتري شيئاً في ذمته ففيه روايتان (احداهما) يتعلق برقبته اختارها الخرقي وأبو بكر لأنه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كارش جنايته (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهذا مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الامة وكالحر

(القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته؟ على روايتين ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضى من له الدين أشبه غير المأذون أو فوجب أن لا يتعلق برقبته كما لو استقرض بغير اذن سيده ، وقال أبو حنيفة يباع اذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه تعلق برقبته لانه دين ثبت برضى من له الدين فيباع فيه كما لو رهنه . ولنا أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامنا كما لو قال لهم داينوه أو أذن في استدانة تزيد على قيمته ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه مثل أن أذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فانه لا ينفك عن التغرير إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضا

(الفصل الثاني) فيما لزمه من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته ، فهذا يتعلق برقبة العبد على

ينبني على كون العبد يملك اولا يملك . فان قلنا لا يملك فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه مايشترط في سائر المبيعات وهو مذهب أبي حنيفة ، وان قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما

كل حال مأذونا أو غير مأذون رواية واحدة وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وكل مايتعلق برقبته فان السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه ، فان سلمه فبيع وكان ثمنه أقل من أرش جنايتـه فليس للمجني عليه الاذلك لان العبـد هو الجاني فلا يجب على غيره شيء ، وان كان ثمنه أكثر فالفضل لسيده ، وذكر القاضي أنظاهر كلام احمد ان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعه اليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه اياه عوضا عن الجناية وهذا ليس بصحيح فان المجني عليه لا يستحق أكثر من قدر ارش الجناية عليه كما لو جنى عليه حر ، والجاني لايجب عليه أكثر من قدر جنايته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم إنه دفعه عوضا لانه لو كان عوضا لملكه المجني عليه ولم يبع في الجناية وانما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقي ولذلك لو اتلف درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك لعجزه عن اداء الدرهم من غير ثمنه ، وان اختار السيد فداءه لزمه أقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لان أرش الجناية ان كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وانما تجب قيمته ، وان كان اقل فلم تجب بالجناية الا هو وعن احمد رواية أخرى انه يلزمه ارش جنايته بالغا ما بلغ لانه يجوز ان يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من ثمنه فاذا منع بيعه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين

(الفصل الثالث) في تصرفاته أما غير المأذون فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال لانه تصرف من المحجور فيما حجر عليه فيه فأشبه المفلس ولانه تصرف في ملك غيره بغير اذنه فهو كتصرف الفضولي ويتخرج ان يصح ويقف على اجازة السيد كذلك ، واما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفيه ، ويحتمل ان يصح لان الحجر لحق غيره اشبه المفلس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين ان التصرف وان كان فاسداً فللبائع والمقرض اخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله إن كان مثليا فان تلف في يد السيد رجع بذلك عليه لان عين ماله تلف في يده ، وان شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لانه الذي أخـذه منه ، وان تلف في يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين وان قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبـد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض لانه قد تحقق إعسار المشتري والمقترض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وان كان السيد قد انتزعه من يد العبـد ملكه بذلك وله ذلك لانه أخذ من عبـده ما لا في يده بحق فهو كالصيد فاذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال ، وان كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد ، وأما العبد المأذون له فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه لا نعلم فيه خلافا ولا يصح فيما زاد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا أذن له في نوع انفك الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقا لان الحجر لا يتجزأ فاذا زال بعضه زال كله

ولنا أنه متصرف بالاذن فاختص تصرفه بمحل الاذن كالوكيل وقولهم ان الحجر لا يتجزأ لا يصح فانه لو صرح بالاذن له في بيع عين ونهيه عن بيع أخرى صح وكذلك في الشراء كالوكيل

ذكرنا من قبل أنه بيع تبعاً فهو كطي الآبار ، وهذا خلاف نص أحمد والخرقي فانهما جعلا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره . قال شيخنا : وهو أصح إن شاء الله تعالى ، واحتمال

وان أذن له السيد في ضمان أو كفالة ففعل صح وهل يتعلق بذمة السيد أو رقبة العبد؟ على وجهين وان رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر بذلك مأذونا له

(الفصل الرابع) في تصرفاته ان كان مأذونا له في التجارة قبل اقراره في قدر ما أذن له ولم يقبل فيما زاد ولا يقبل اقرار غير المأذون له بالمال فان أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لانه يقر بحق على غيره فلم يقبل كما لو أقر أن سيده باعه ويثبت ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق وان أقر بجناية استوى في ذلك المأذون له وغيره، وينقسم ذلك أقساما أربعة

(احدها) جناية موجبها المال كاتلافه او جناية خطأ او اشبه عمد او جناية عمد فيما لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فلا يقبل اقراره بها لانه اقرار بالمال فلم يقبل كما لو اقر بدراهم او دنانير

(القسم الثاني) جناية موجبها حد سوى السرقة او قصاص فيما دون النفس فيقبل اقراره بذلك وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي، وقال زفر وداود والمزني وجرير لا يقبل لانه يسقط به حق السيد فلا يقبل كالاقرار بجناية الخطأ

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قطع يد عبد باقراره السرقة وجلد عبداً اقر عنده بالزنا نصف الحد ولا مخالف له في الصحابة فكان اجماعا ولان ما لا يقبل اقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه اقرار العبد كالطلاق ولان العبد غير متهم فيه لان ضرره به اخص وهو بألمه امس فقبل اقراره كما لو اقرت به الزوجة وخرج على هذين المعنيين جناية الخطأ فان اقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها

(القسم الثالث) اقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع، ولا يقبل في المال سواء كانت العين تالفة او باقية في يد السيد او في يد العبد وبهذا قال الشافعي، ويحتمل ان لا يقطع اذا اقر بسرقة عين موجودة في يده وبهذا قال ابو حنيفة لان العين محكوم بها لسيده فلا يقطع بسرقة عين لسيده ولان المطالبة بالمسروق شرط في القطع وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ولان هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولنا خبر علي رضي الله عنه ولانه مقر بسرقة عين تبلغ نصابا فوجب قطعه كما لو اقر حر بسرقة عين في يد غيره، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة وانما لم ترد العين الى المسروق منه لحق السيد واما في حق العبد فقد يثبت للمقر له ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده لزمه ردها الى المقر له

(القسم الرابع) الاقرار بما يوجب القصاص في النفس فروي عن أحمد أنه لا يقبل وعموم قول الخرقي ان أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك يقتضي قبول اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل كاقراره بقطع اليد، ولانه أحد نوعي القصاص فقبل إقراره به كالآخر ولانه لا يقبل إقرار سيده عليه به فقبل إقراره به كالحد، واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلا لانه إقرار على مال سيده ولانه متهم إذ يحتمل أن يكون عن مواطأة بينهما ليعفو على مال فيستحق رقبة العبد ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافا فتركنا موجب القياس لخبر علي رضي الله عنه ففيما عداه يبقى على موجب القياس، ويفارق القصاص في النفس القصاص في الطرف لانه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولو بفوات نفسه، وكل

الجهالة فيه لكونه غير مقصود كاللبن في الضرع والحمل في البطن وأشباه ذلك فانه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا، وقد قيل ان المال ليس بمبيع ههنا، وانما استبقاه المشتري على ملك العبد

موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص فحكمه حكم الثابت بالبينة فلولي الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال فان عفى تعلق الارش برقبة العبد على ما مر بيانه ، ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بمال

﴿ مسألة ﴾ قال (وبيع الكلب باطل وان كان معلما)

لايختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل أي كلب كان، وبه قال الحسن وربيعة وحماد والاوزاعي والشافعي وداود وكره أبو هريرة ثمن الكلب ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي ، وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ أثمانها ، وعنه رواية في الكلب العقور أنه لا يجوز بيعه ، واختلف أصحاب مالك فنهم من قال لا يجوز ومنهم من قال الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه ويكره ، واحتج من أجاز بيعه بما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، ولانه يباح الانتفاع به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا ماروى أبو مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه، وعن رافع بن خديج قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث وكسب الحجام خبيث» متفق عليهما وروي عن ابن عباس أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فاملؤا كفه ترابا رواه أبو داود. ولانه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة اليه أشبه الخنزير أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير . فأما حديثهم فقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف ، وقال الدارقطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال الترمذي لا يصح إسناد هذا الحديث وقد روي عن أبي هريرة ولا يصح أيضاً ، ويحتمل أنه أراد ولا كلب صيد ، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك . قال الشاعر :

وكل أخ مفارقه أخوه لعمرو أبيك الا الفرقدان

أي والفرقدان ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد

(فصل) ولا تجوز اجارته نص عليه أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يجوز لانها منفعة مباحة فجازت المعاوضة عنها كنفع الحمير. ولنا أنه حيوان محرم بيعه لخبثه فحرمت اجارته كالخنزير وقياسهم ينتقض بضراب الفحل فانها منفعة مباحة ولا يجوز إجارتها ولان اباحة الانتفاع لم تبح بيعه فكذلك اجارته ولان منفعته لا تضمن في الغصب فانه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض فلم يجز أخذ العوض عنها في الاجارة كنفع الخنزير .

(فصل) وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه لانها نقل لليد فيه من غير عوض وتصح هبته لذلك وقال القاضي لا تصح لانها تمليك في الحياة أشبهت البيع والاول أصح ويفارق البيع لانه يؤخذ عوضه وهو محرم ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

فلا يزول عنه إلى البائع وهو قريب من الاول.

(فصل) وإذا اشترط مال العبد في الشراء ثم رده باقالة أو عيب رد ماله وقال داود يرده دون ماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قتله وهو معلم فقد اساء ولا غرم عليه)

أما قتل المعلم فحرام وفاعله مسيء ظالم وكذلك كل كلب مباح امساكه لانه محل منتفع به يباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وبهذا قال الشافعي وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم اتلافه ، ولنا انه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير ، وانما يحرم اتلافه لما فيه من الاضرار وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والاضرار

(فصل) فأما قتل ما لا يباح إمساكه فان الكلب الاسود البهيم يباح قتله لانه شيطان ، قال عبد الله بن الصامت سألت ابا ذر فقلت ما بال الاسود من الاحمر من الابيض ؟ فقال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني فقال « الكلب الاسود شيطان » رواه مسلم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لولا ان الكلاب امة من الامم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل اسود بهيم » ويباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ، ويقتل كل واحد من هذين وان كان معلما للخبرين وعلى قياس الكلب العقور كل ما آذى الناس وضرهم في انفسهم واموالهم يباح قتله لانه يؤذي بلا نفع اشبه الذئب ، ومالا مضرة فيه لايباح قتله لما ذكرنا من الخبر ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر بقتل الكلاب حتى ان المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله ثم نهى عن قتلها وقال « عليكم بالاسود البهيم ذى الطفيتين فانه شيطان » رواه مسلم

(فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد او كلب ماشية او حرث لما روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «من اتخذ كلبا الا كلب صيد او ماشية او زرع نقص من أجره كل يوم قيراط» وعن ابن عمر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول «من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية فانه ينقص من أجره كل يوم قيراطان ، قال سالم وكان أبو هريرة يقول « أو كلب حرث » متفق عليه ، وان اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ، ويحتمل الاباحة وهو قول أصحاب الشافعي لانه في معنى الثلاثة فيقاس عليها والأول أصح لان قياس غير الثلاثة عليها يبيح مايتناول الخبر تحريمه قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتال اللص لاخراجه بشيء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع ، وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولان اقتناءه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) فاما تربية الجرو الصغير لأحد الامور الثلاثة فيجوز في أقوى الوجهين لانه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لمآله إلى الانتفاع، ولانه لولم يتخذ الصغير ماأمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلما الا بالتعلم ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم (والوجه الثاني) لايجوز لانه ليس من الثلاثة

لان ماله لم يدخل فيه فأشبه النماء الحادث عنده ، ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد، ولان العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك

(فصل) ومن اقتنى كلبا لصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود اليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لان ذلك لايمكن التحرز منه ، وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه ابيح له امساك الكلب إلى ان يزرع زرعا آخر ، ولو هلكت ماشيته فأراد شراء غيرها فله امساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها فاما ان اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لان النبي ﷺ استثنى كلب الصيد مطلقا واحتمل المنع لا نه اقتناه لغير حاجة اشبه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد اي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثا او ماشية إن حصلت او يصيد به ان احتاج إلى الصيد وليس له في الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصده ذلك كما لو حصد الزرع واراد أن يزرع غيره

(فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم . قال ابن المنذر : اجمع اهل العلم على القول به وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر وعلى أن بيع الخنزير وشراءه حرام ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه . ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لاتصلح للاصطياد كالاسد والذئب ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين وبيضها فكل هذا لايجوز بيعه لانه لانفع فيه فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل

(فصل) ولا يجوز بيع السرجين النجس ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لان اهل الامصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير فكان اجماعا . ولنا انه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وما ذكروه فليس باجماع ، فان الاجماع اتفاق اهل العلم ولم يوجد ، ولانه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها ولا نعلم في ذلك خلافا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطي بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » رواه البخاري

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع الفهد والصقر المعلم جائز وكذلك بيع الهر وكل مافيه المنفعة)

وجملة ذلك أن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى لان الملك سبب لاطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلاً اليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيح بيعه وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الانعام والخيل والصيود ، أو مختلفاً في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والشاهين والعقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغا وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى لايجوز بيع الفهد والصقر ونحوهما لأنها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب . ولنا أنه حيوان أبيح اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير

رده حتى يدفع مايزيل نقصه ، فان تلف ماله فاراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث هل يمنع الرد؟ على روايتين فان قلنا بالرد فعليه قيمة ماتلف عنده . قال أحمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على

وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبغل وماذكراه يبطل بالبغل والحمار فانه لاخلاف في اباحة بيعهما وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة واباحة الاقتناء والانتفاع ، وأما الكلب فان الشرع توعد على اقتنائه وحرمه الا في حال الحاجة فصارت اباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ، ولان الاصل الاباحة بدليل قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولماذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا فبقي على أصل الاباحة ، وأما الهر فقال الخرقي يجوز بيعها ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه كره ثمنها ، وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد واختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور . قال الترمذي هذا حديث حسن وفي اسناده اضطراب . ولنا ماذكرنا فيما يصاد به من السباع ويحمل الحديث على غير المملوك منها أو مالا نفع فيه منها بدليل ماذكرنا ، ولان البيع شرع طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي ان يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه فما يباح الانتفاع به ينبغي أن يجوز بيعه

(فصل) فان كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه لعدم النفع به وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه لان مآله إلى الانتفاع فأشبه الجحش الصغير

(فصل) فأما مايصاد عليه كالبومة التي يجعلها شباشا لتجتمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها، ويحتمل المنع لان ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه

(فصل) فأما بيض مالا يؤكل لحمه من الطير فان كان مما لا نفع فيه لم يجز بيعه طاهراً كان أو نجساً ، وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخا وكان طاهراً جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به أشبه أصله ، وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لايجوز بيعه لانه نجس لاينتفع به في الحال وهذا ملغي بفرخه وبالجحش الصغير

(فصل) قال احمد أكره بيع القرد قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لانه كالصقر والبازي وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم والديدان التي تترك في الشص فيصاد بها السمك وجهان (أصحهما) جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (والثاني) لا يجوز لانها لاينتفع بها الا نادراً فأشبهت مالا نفع فيه

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبزره ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه ان كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا لانه لا ينتفع بعينه فهو كالحشرات وقيل لا يجوز بيع بزره

ولنا ان الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولان الدود وبزره طاهر

عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان عليه ثياب فقال أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع ، وما كان للبس

منتفع به فجاز بيعه كالثوب وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلا ، فان نفع هذه كثير لان الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا انما يحصل منها

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع ، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة لما ذكر في دود القز . ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لا يجوز لانه لا يمكن مشاهدة جميعها ولانها لا تخلو من عسل يكون مبيعها معها وهو مجهول ، وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها ومنفردة عنها فانه يمكن مشاهدتها في كواراتها اذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فان بعضه يكون على بعض فلا يشاهد الا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان فان لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً باقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

(فصل) ذكر الخرقي أن الترياق لا يؤكل لانه يقع فيه لحوم الحيات فعلى هذا لا يجوز بيعه لان نفعه انما يحصل بالاكل وهو محرم فخلا من نفع مباح فلم يجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الافاعي (١) فاما السم من الحشائش والنبات فان كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم نفعه وان انتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لانه طاهر منتفع به أشبه بقية المأكولات

(فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ قولا واحداً قاله ابن أبي موسى ، وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف ، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال إن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها مخلب أو بعض جلود السباع التي لها أنياب فان بيعها أسهل لان النبي ﷺ انما نهى عن أكل لحومها والصحيح عنه أنه لا يجوز وهذا ينبني على الحكم بنجاسة جلود الميتة وانها لا تطهر بالدباغ وقد ذكرنا ذلك في بابه

(فصل) فاما بيع لبن الآدميات فقال أحمد أكرهه . واختلف أصحابنا في جوازه فظاهر كلام الخرقي جوازه لقوله وكل مافيه المنفعة وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي ، وذهب جماعة من أصحابنا الى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه من آدمي فاشبه سائر أجزائه ، والاول اصح لانه لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولانه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبه المنافع ويفارق العرق فانه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة وانما حرم بيع الحر لانه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لا نفع فيه (٢)

(فصل) واختلفت الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لاتباع رباعها ولا تكرى بيوتها » رواه الاثرم باسناده وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام إجارتها » وهذا نص رواه سعيد بن منصور

المعتاد فهو للمشتري)

إذا كان على العبد أو الجارية حلي فهو بمنزلة ماله على ماذكرنا . فاما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه

---

(١) اكل الحيات غير محرم اجماعا بل أباحه مالك وغيره فما ثبت عند الاطباء من نفع الترياق أو غيره من الادوية التي يدخل فيها سمها فهو مباح على ان المحرم لذاته يباح للضرورة والمحرم لسد الذريعة يباح للحاجة كما في أعلام الموقعين للمحقق ابن القيم

(٢) مفهومه انه يجوز بيعه اذا انتفع به وهذا حاصل في عصرنا في الجلد تسلخ قطعة منه ويرقع بها البدن وفي غير ذلك

في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولانها فتحت عنوة ولم تقسم فكانت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها والدليل على انها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ،وانها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار» متفق عليه وروت أم هانيء قالت أجرت حموين لي فأراد علي أخي قتلها فأتيت رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله اني أجرت حموين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها فقال النبي ﷺ «قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت يا أم هانيء » متفق عليه ولذلك أمر النبي ﷺ بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابة وهذا يدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز بيع رباعها واجارة بيوتها ،وروي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهذا قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لان النبي ﷺ لما قيل له أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه يعني أن عقيلا باع رباع أبي طالب لانه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً ولان أصحاب النبي ﷺ كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال ابن الزبير بعت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المكارم إلا التقوى أو كما قال واشترى معاوية دارين واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجماعا ، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم ،ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى إن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج الى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع ، ولانها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الارض ، وماروي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف ، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه الا ان النبي ﷺ أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته ،ومن احتاج الى مسكن فله بذل الاجرة فيه ،وإن احتاج الي الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه وكان أبو عبدالله إذا سكن أعطاهم أجرتها فان سكن باجرة فامكنه أن لا يدفع اليهم الاجرة جاز له ذلك لانهم لا يستحقونها ،وقد روي أن سفيان سكن في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة فأدركوه فأخذوها منه وذكر لاحمد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا أنه أعجبه قال ابن عقيل والخلاف في غير مواضع المناسك أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بناء بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع أبنية الوقوف وأنقاضها،وان كانت من تراب الحرم وحجارته انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لانها تابعة لمكة وهكذا تراب كل وقف وانقاضه قال أحمد وأما البناء بمكة فاني أكرهه ، قال اسحاق البناء

عند البائع فهو للمشتري ، وان كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أوشيء يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه

بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له ألا تبني لك بمنى بيتا؟ فقال «منى مناخ لمن سبق »

(فصل) قال أحمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها وقال الشراء أهون وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق وقال ابن عمر وددت أن الايدي تقطع في بيعها وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهل يكره شراؤه وابداله ؟ على روايتين ، ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لان البيع يقع على الجلد والورق وبيع ذلك مباح ،ولنا قول الصحابة رضي الله عنهم ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم ،ولانه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانته عن البيع والابتذال ،وأما الشراء فهو أسهل لانه استنقاذ للمصحف وبذل لما له فيه فجاز كما أجاز شراء رباع مكة واستئجار دورها من لا يرى بيعها ولا أخذ أجرتها وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهة كسبه ،وان اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل وبه قال الشافعي وأجازه أصحاب الرأي وقالوا يجبر على بيعه لانه أهل للشراء والمصحف محل له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر ما يحرم بيعه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم فلا يجوز تمكينهم من التوصل الى نيل أيديهم اياه

(فصل) ولا يصح شراء الكافر مسلما وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد القولين ،وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لانه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح شراؤه له كالمسلم ، ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع ابتداءه كالنكاح ، ولانه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر فلم يصح كالنكاح ، والملك بالارث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت الاقوى ثبوت مادونه مع أننا نقطع الاستدامة عليه بمنعه منها واجباره على إزالتها

(فصل) ولو وكل كافر مسلما في شراء مسلم لم يصح الشراء لان الملك يقع للموكل ولان الموكل ليس بأهل لشرائه فلم يصح أن يشتري له كما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر ؟ وان وكل المسلم كافراً يشتري له مسلما فاشتراه ففيه وجهان (أحدهما) يصح لان المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم والملك يثبت للمسلم ههنا فلم يتحقق المانع (والثاني) لا يصح لان ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد والكافر في نكاح المسلمة ، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلا لذمي في شراء خمر

(فصل) وان اشترى الكافر مسلماً يعتق عليه بالقرابة كأبيه وأخيه صح الشراء وعتق عليه في قول بعض أصحابنا وحكى فيه أبو الخطاب روايتين (احدهما) لا يصح وهو قول بعض الاصحاب لانه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ولان ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه وان زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد (والثانية) يصح شراؤه لان المنع انما ثبت لما فيه من اهانة المسلم بملك الكافر له والملك ههنا يزول عقيب الشراء بالكلية ويحصل من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الاهانة

المبتاع ، وانما كان كذلك لان ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولانها تتعلق بها حاجة العبد وإنما

بالملك في لحظة يسيرة ويفارق من لا يعتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازالته وكذلك شراء المحرم للصيد فانه لو ملكه لثبت ملكه عليه ولم يزل، ولو قال كافر لمسلم اعتق عبدك عني وعلي ثمنه ففعل صح لان اعتاقه ليس بتمليك وإنما هو ابطال للرق فيه وإنما حصل الملك فيه حكماً فجاز كما يملكه بالارث حكماً ولان ما يحصل له بالحرية من النفع يغمر فيه ما يحصل من الضرر بالملك فيصير كالمعدوم وفيه وجه آخر أنه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم

(فصل) ولو أجر مسلم نفسه لذمي لعمل في ذمته صح لان علياً رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأتى بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأكله وفعل ذلك رجل من الانصار وأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره ولانه لا صغار عليه في ذلك وان استأجره في مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان فيه استيلاء عليه وصغاراً أشبه الشراء (والثاني) يصح وهو أولى لان ذلك عمل في مقابلة عوض أشبه العمل في ذمته ولا يشبه الملك لان الملك يقتضي سلطانا واستدامة وتصرفا بأنواع التصرفات في رقبته بخلاف الاجارة

(فصل) ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم وبه قال أبو حنيفة وقال: مالك لا يحرم التفريق إلا بين الام وولدها لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقال « لا توله والدة عن ولدها » نخصها بذلك فدل على الاباحة فيما سواه وقال الشافعي يحرم بين الوالدين والمولودين وان سفلوا ولا يحرم بين من عداهم لان القرابة التي بينهم لا تمنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض فلم تمنع التفريق في البيع كابني العم ولنا ما روى أحمد في المسند ثنا غندر ثنا سعيد بن أبي عروبة عن الحكم عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما ففرقت بينهما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعاً » وروي عن أبي موسى أن النبي قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والاخ وأخيه » ولان بينهما رحماً محرماً فلم يجز التفريق بينهما كالوالد مع أمه ويفارق ابني العم فانه ليس بينهما رحم محرم

(فصل) فان فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل، وبه قال الشافعي فيما دون السبع، وقال أبو حنيفة البيع صحيح لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الضرر اللاحق بالتفريق فلم يمنع صحة البيع كالبيع في وقت النداء. ولنا حديث علي وأن النبي ﷺ أمره بردها ولو لزم البيع لما أمكن ردها، وروى أبو داود في سننه أن عليا فرق بين الام وولدها فنهاه النبي ﷺ فرد البيع، ولانه بيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الخمر ولا يصح ما قاله فان ضرر التفريق حاصل بالبيع فكان لمعنى فيه، فأما تحديده بالسبع فان عموم اللفظ يمنع ذلك ولا يجوز تخصيصه بغير دليل، فان كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز، وقال أبو الخطاب فيه روايتان (احداهما) لا يجوز لعموم النهي (والثانية) يجوز وهي الصحيحة لما روي أن سلمة بن الاكوع أتى أبا بكر بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي ﷺ فوهبها له وأهدي إلى النبي ﷺ مارية وأختها سيرين فأعطى النبي ﷺ سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له، ولانه

يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرت مجرى الستور

بعد البلوغ يصير مستقلا بنفسه والعادة التفريق بين الاحرار فان المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرة وولدها إذا افترق الأبوان

(فصل) وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابي ، فان علم أن المبيع من حلال ماله فهو حلال وإن علم أنه حرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لان الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه فان لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لامكان الحلال قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقلتها ، قال أحمد : لا يعجبني أن يأكل منه لما روى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وان لكل ملك حمى وحمى الله محارمه» متفق عليه وهذا لفظ رواية مسلم ، وفي لفظ رواية البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن ابن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «دع ما يريبك الى ما لا يريبك» وهذا مذهب الشافعي

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً لان الاصل التحريم فلا يزول الا بيقين أو ظاهر ، وكذلك ان كان فيها أخلاط من المسلمين والمجوس لم يجز شراؤها لذلك . والاصل فيه حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «اذا أرسلت كلبك فخالط أكلبا لم يسم عليها فلا تأكل فانك لاتدري أيها قتله » متفق عليه ، فأما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحتها لان المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع ما لا يحل بيعه ظاهراً (والثاني)ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أبنجاسة تغير أم بغيرها فهو طاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا نزول عنها الا بيقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما. والاصل في ذلك حديث عبدالله بن زيد قال: شكي الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً» متفق عليه . (الثالث) ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الاولى تركها على ما ذكرنا وعملا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمرة ساقطة فقال « لولا أني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك، وممن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقي لا على انها حرام ، فان احمد قال : جوائز السلطان احب الي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف اقول انها سحت ، وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبدالله ابن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده واجاب يهوديا دعاه واكل من طعامه

في الدار والدابة التي يركبه عليها . وقال ابن عمر من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها

وقد اخبر الله تعالى أنهم أكالون سحت ، وروي عن علي رضي الله عنه انه قال : لا بأس بجوائز السلطان فان ما يعطيكم من الحلال اكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لا تسأل السلطان شيئاً وان اعطى فخذ ، فان ما في بيت المال من الحلال اكثر مما فيه من الحرام

قال احمد رحمه الله فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة، وان كان معه مائتا درهم فيها عشرة حرام يتصدق بالعشرة لأن هذا كثير وذاك قليل فقيل له قال سفيان : ماكان دون العشرة يتصدق به ، وماكان اكثر يخرج قال نعم لا يجحف به ، قال القاضي وليس هذا على سبيل التحديد وانما هو على طريق الاختيار لانه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فانه يسهل اخراج الكل،والواجب في الموضعين اخراج قدر الحرام والباقي مباح له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وانما حرم لتعلق حق غيره به ، فاذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كما لو كان صاحبه حاضرا فرضي بعوضه وسواء كان قليلا او كثيراً ، والورع اخراج ما يتيقن به اخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك الا باخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لاجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له الا الدراهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجته اليها ومنهم من يكون له مال كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها

(فصل) قد ذكرنا ان الظاهر من المذهب لا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر في أماكنه قبل احرازه في انائه ولا الكلأ في مواضعه قبل حيازته فعلى هذا متى باع الارض وفيها كلأ أو ماء فلا حق للبائع فيه وقد ذكرنا رواية أخرى أن ذلك مملوك وأنه يجوز بيعه فعلى هذه الرواية إن باع الارض فذكر الماء والكلأ في البيع دخل فيه وان لم يذكره كان الماء الموجود والكلأ للبائع لانه بمنزلة الزرع في الارض والماء أصل بنفسه فهو كالطعام في الدار فما يتجدد بعد البيع فهو للمشتري وعلى هذه الرواية اذا باع من هذا الماء آصعا معلومة جاز لانه كالصبرة ، وان باع كل ماء البئر لم يجز لانه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري آصعاً لم يجز لان ذلك الماء يذهب ويأتي غيره

(فصل) وعلى كلتا الروايتين متى كان الماء النابع في ملكه أو الكلأ أو المعادن وفق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله نص عليه لانه في ملكه ، فاذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به كالطعام ، وانما توعد النبي صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء ولا فضل في هذا ولان عليه في بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت اليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض ولكل واحد أن يتقدم إلى الماء ويشرب ويسقي ماشيته وليس لصاحبه المنع من ذلك لما روى إياس بن عبدالله المزني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته »

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاق أختها و نهى أن يمنع الماء مخافة ان يرعى الكلأ ، يعني اذا كان في مكان كلأ وليس يمكنه الاقامة لرعيه الا بالسقي من هذا الماء فيمنعهم السقي ليتوفر الكلأ عليه ، وروى أبو عبيدة باسناده عن عمر أنه قال ابن السبيل أحق بالماء من الباني عليه ، وعن أبي هريرة قال : ابن السبيل أول شارب ، وعن بهيسة قالت : قال

إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه قال الحسن والنخعي ، ولنا الخبر المذكور ولان الثياب لم يتناولها لفظ

أبي يارسول الله ماالشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال « الماء » قال يارسول الله ماالشيء الذي لايحل منعه؟
قال « الملح » وليس عليه بذل آلة البئر من الحبل والدلو والبكرة لانه يخلق ولا يستخلف غيره بخلاف
الماء وهذا كله هو الظاهر من مذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرنا بين البنيان والصحاري، وعن أحمد
أنه قال : أما هذا في الصحاري والبرية دون البنيان ، يعني أن البنيان إذا كان فيه الماء فليس لاحد
الدخول اليه إلا باذن صاحبه

(فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره فيه روايتان (احداهما) لا يلزمه وهو مذهب
الشافعي لان الزرع لاحرمة له في نفسه ، ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية (والثانية)
يلزمه بذله لذلك لما روي عن عبدالله بن عمرو ان قيم أرضه بالوهط كتب اليه يخبره انه قد سقى
أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً فكتب اليه عبد الله بن عمرو اقم قلدك ثم اسق الادنى
فالادنى فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء، قال ابو عبيد القلد يوم الشرب وفي المسند
ثنا حسن قال حدثنا حماد بن سلمة عن ابي الزبير عن جابر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع
فضل الماء ، وروى إياس بن عبدالله قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يمنع فضل الماء . رواه
الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ نهى عن بيع الماء ، ولان في منعه فضل الماء اهلاكه
فحرم منعه كالماشية ، وقولهم لاحرمة له قلنا فلصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب إلى اهلاك ماله، ويحتمل
أن يمنع نفي الحرمة عنه فان اضاعة المال منهي عنها واتلافه محرم وذلك دليل على حرمته

(فصل) واذا اشترى عبداً بمائة فقضاها عنه غيره صح سواء قضاه بأمره أو غير أمره فان بان
العبد مستحقاً لزم رد المائة الى دافعها لانا تبينا أنه قبض غير مستحق فكأن المائة لم تخرج من يد
دافعها وان بان العبد معيباً فرده بالعيب أو باقالة أو أصدق امرأة إنسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله
بها أو ارتدت فهل يلزم رد المائة الى دافعها أو على المشتري والزوج؟ يحتمل وجهين (أحدهما) على الدافع
لان القبض حصل منه فالرد عليه كالتي قبلها (والثاني) على الزوج والمشتري لان قضاءه بمنزلة الهبة
لهما بدليل براءة ذمتهما منه والهبة المقبوضة لا يجوز الرجوع فيها، وان كان الدفع باذن المشتري والزوج
احتمل أن يكون الحكم فيه كما لو قضاه بغير اذنه اذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه واحتمل أن
يكون رده على الزوج والمشتري اذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال لان اذنهما في تسليمه الى من له
الدين عليهما اذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه بخلاف ما إذا لم يأذن ، وان أذنا في دفع
ذلك عنهما قرضاً فان الرد يكون عليهما والمقرض يرجع عليهما بعوضه

(فصل) اذا قال العبد لرجل ابتعني من سيدي ففعل فبان العبد معتقا فالضمان على السيد نص عليه
أحمد وبه قال أبو حنيفة ان كان السيد حاضراً حين غره العبد وان كان غائباً فالضمان على العبد لان
الغرور منه . ولنا أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة فكان الضمان عليه كما لو كان
حاضراً وان بان العبد مغصوبا أو به عيب فرده فالضمان على السيد لما ذكرنا

(فصل) وان اشترى اثنان عبداً فغاب أحدهما وجاء الآخر يطالب نصيبه منه فله ذلك وقال
أبو حنيفة ليس له ذلك لانه لا يمكنه تسليمه الا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير اذنه .

البيع ولا جرت العادة ببيعها معه أشبه سائر مال البائع ولانه زينة للمبيع أشبه ما لو زين الدار ببسط

ولنا أنه طلب حصته فكان له ذلك كما لو أوجب لكل واحد منهما منفرداً وما ذكروه يبطل بهذه الصورة وان قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع الي جميع العبد لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة له ذلك

ولنا أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ولا للبائع في دفعه اليه فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين فان سلم اليه فتلف العبد فللغائب تضمين أيهما شاء لان الدافع فرط بدفع ماله بغير اذنه والشريك قبض مال غيره بغير اذنه فان ضمن الشريك لم يرجع على أحد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وان ضمن الدافع رجع على القابض لذلك، ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين اليه الا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم اليه لما ذكرنا ههنا

(فصل) ويستحب الاشهاد في البيع لقول الله تعالى (وأشهدوا اذا تبايعتم) وأقل أحوال الامر الاستحباب ولانه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد فكان أولى، ويختص ذلك بما له خطر فاما الاشياء القليلة الخطر كحوائج البقال والعطار وشبههما فلا يستحب ذلك فيها لان العقود فيها تكثر فيشق الاشهاد عليها وتقبح اقامة البينة عليها والترافع الى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير وليس الاشهاد بواجب في واحد منهما ولا شرطا له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي واسحاق وابي ايوب، وقالت طائفة ذلك فرض لا يجوز تركه. روي ذلك عن ابن عباس وممن رأى الاشهاد على البيع عطاء وجابر بن زيد والنخعي لظاهر الامر، ولأنه عقد معاوضة فيجب الاشهاد عليه كالنكاح

ولنا قول الله تعالى (فان امن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن امانته) قال ابو سعيد صار الامر إلى الامانة (١) وتلا هذه الآية ولان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه واشترى من رجل سراويل ومن اعرابي فرساً فجحده الاعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ولم ينقل انه شهد في شيء من ذلك، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الاسواق فلم يأمرهم بالاشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لما اخل بنقله، وقد امر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجعد ان يشتري له اضحية ولم يأمره بالاشهاد واخبره عروة انه اشترى شاتين فباع إحداهما ولم ينكر عليه ترك الاشهاد، ولان المبايعة تكثر بين الناس في اسواقهم وغيرها فلو وجب الاشهاد في كل ما يتبايعونه افضى الى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد إلى حفظ الاموال والتعليم كما امر بالرهن والكاتب وليس ذلك بواجب وهذا ظاهر

(١) الآية لا حجة فيها على ما أراده

(فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد، وبه قال اسحاق لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «اذا رأيتم من يبيع او يبتاع في المسجد فقولوا لا اربح الله تجارتك وإذا رأيتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا لا ردها الله عليك» اخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب، ولان المساجد لم تبن لهذا ورأى عمران القصير رجلا يبيع في المسجد فقال هذه سوق الآخرة فان اردت التجارة فاخرج الى سوق الدنيا فان باع فالبيع صحيح لان البيع تم باركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم قولوا «لا اربح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم.

أو ستور والله سبحانه وتعالى أعلم

باب السلم

وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة الى أجل، ويسمى سلما وسلفا يقال أسلم وأسلف وسلف وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وروى سعيد باسناده عن ابن عباس أنه قال أشهد ان السلف المضمون إلى اجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية ولان هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه، وأما السنة فروى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » متفق عليه ، وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال ارسلني ابو بردة وعبدالله بن شداد الى عبدالرحمن بن أبزى وعبدالله بن ابي اوفى فسألتهما عن السلف فقالا كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا انباط من انباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع ؟ قال ما كنا نسألهم عن ذلك ، واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان السلم جائز ولان المثمن في البيع احد عوضي العقد فجاز ان يثبت في الذمة كالثمن ولان بالناس حاجة اليه لان ارباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون الى النفقة على انفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم النفقة فجوزلهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص

(باب السلم)

وهو أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة الى أجل ويسمى سلفاً وسلماً يقال : أسلم واسلف وهو نوع من البيع وينعقد بلفظ السلف والسلم لانهما حقيقة فيه ، ويشترط له ما يشترط للبيع إلا أنه يجوز في المعدوم ، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية ، رواه سعيد وان اللفظ يشمله بعمومه ، وأما السنة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه ، وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز

(فصل) ولا يصح الا بشروط سبعة (أحدها) أن يكون مما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً كالمكيل من الحبوب وغيرها والموزون كالقطن والابريسم والكتان والقنب والصوف والشعر والكاغد والحديد والصفر والنحاس والطيب والأدهان والخلول وكل مكيل أو موزون وكذلك المزروع كالثياب ، وقد جاء الحديث في الثمار ، وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان السلم في الطعام جائز .

﴿مسئلة﴾ (فاما المعدود المختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرءوس ونحوها ففيه روايتان)

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ماضبط بصفة فالسلم فيه جائز)

وجملة ذلك ان السلم لا يصح الا بشروط ستة

(أحدها) ان يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً فيصح في الحبوب والثمار والدقيق والثياب والابريسم والقطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفر والنحاس والادوية والطيب والخلول والادهان والشحوم والالبان والزئبق والشب والكبريت والكحل وكل مكيل أو موزون أو مزروع ، وقد جاء الحديث في الثمار وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة والشعير والزبيب والزيت ، وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز قاله ابن المنذر وأجمعوا على جواز السلم في الثياب ، ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروذج والزبرجد والعقيق والبلور لان أثمانها تختلف اختلافا متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه لان ذلك يختلف ولا بشيء معين لان ذلك يتلف ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك صحة السلم فيها اذا اشترط منها شيئاً معلوما وان كان وزنا فبوزن معروف ، والذي قلناه أولى لما ذكرنا ولا يصح فيما يجمع اخلاطا مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها ، ولا في الحوامل من الحيوان لان الولد مجهول غير متحقق ، ولا في الاواني المختلفة الرءوس والاوساط لان الصفة لا تأتي عليه وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه اذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله لان التفاوت في ذلك يسير ، ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والعصب والتوز اذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتميز ما فيه منها وقيل يجوز السلم فيها ، والاولى ما ذكرنا ، قال القاضي والذي يجمع اخلاطا على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من قطن وكتان أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها لان ضبطها ممكن (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالانفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والزبيب فيصح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) اخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين فلا يصح السلم فيها لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ماخلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه .

اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي أنه لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي . قال عمر : إن من الربا أبوابا لاتخفى وإن منها السلم في السن ، ولان الحيوان يختلف اختلافا متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن مثل أزج الحاجبين أكحل العينين أقنى الانف أهدب الاشفار ألمى الشفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة وان لم يذكرها اختلف بها الثمن ظاهراً والمشهور في المذهب صحة السلم فيه نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، قال ابن المنذر وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ولان أبا رافع قال : استسلف النبي صلى الله

(فصل) ويصح السلم في الخبز واللبأ وما أمكن ضبطه مما مسته النار ، وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك ، ولنا قوله عليه السلام « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » فظاهر هذا اباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة يمكن ضبطه بالنشافة والرطوبة فصح السلم فيه كالمجفف بالشمس فاما اللحم المطبوخ والشواء فقال القاضي لا يصح السلم فيه ، وهو مذهب الشافعي لان ذلك يتفاوت كثيراً وعادات الناس فيه مختلفة فلم يمكن ضبطه . وقال بعض أصحابنا يصح السلم فيه لما ذكرنا في الخبز واللبأ .

(فصل) ويصح السلم في النشاب والنبل ، وقال القاضي لا يصح السلم فيهما وهو مذهب الشافعي لانه يجمع اخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل فجرى مجرى اخلاط الصيادلة ولان فيه ريشاً نجساً لان ريشه من جوارح الطير ، ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وان كان نجسا لكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي لا يصح السلم فيه، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ان من الربا ابوابا لا تخفى وان منها السلم في السن ولان الحيوان يختلف اختلافا متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن — مثل أزج الحاجبين أكحل العينين أقنى الانف أشم العرنين أهدب الاشفار ألمى الشفة بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة ، وظاهر المذهب صحة السلم فيه نص عليه في رواية الاثرم . قال ابن المنذر وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وحكاه الجوزجاني

عليه وسلم من رجل بكراً ، ورواه مسلم ، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالابعرة إلى مجيء الصدقة ، رواه أبو داود ولأنه يثبت في الذمة صداقا فيثبت في السلم كالثياب . فاما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان ، قال الشعبي إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد ، وقد روي عن علي أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل ، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا .

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع فنقل إسحاق بن ابراهيم عن أحمد أنه قال: لا أرى السلم الا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه، وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سمينا وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن

عن عطاء والحكم لان أبا رافع قال استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً رواه مسلم وروى عبدالله ابن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله ﷺ أن ابتاع البعير بالبعيرين وبالابعرة الى مجيء الصدقة ، وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا ولانه ثبت في الذمة صداقا فثبت في السلم كالثياب فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان قال الشعبي انما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد وقد روي عن علي أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً الى أجل ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضة قول من سمينا ممن وافقنا

(فصل) واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزوع فنقل اسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه قال : لا أرى السلم إلا فما يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه،وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير ، فعلى هذه الرواية لايصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سميناه وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والسفرجل والرمان والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضبط بالصغر والكبر وما لا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها فصح السلم فيه كالمزروع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له في ذلك قولان .

(فصل) فأما السلم في الرءوس والاطراف فيخرج في صحة السلم فيها الخلاف الذي ذكرنا ، وللشافعي فيها قولان أيضاً كالروايتين (أحدهما) يجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لحم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم (والآخر) لايجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم ، فان كان مطبوخاً أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لانه يتناثر ويختلف وعلى قول غير القاضي من أصحابنا حكم

تقديره بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ، ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك يتقارب وينضبط بالكبر والصغر وما لا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها فيصح السلم فيه كالمزروع ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له قولان :

(فصل) وفي السلم في الرءوس من الخلاف ما ذكرناه وكذلك الاطراف وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لحم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم (والاخرى) لايجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم فان كان مطبوخا أومشويا فقال الشافعي لايصح السلم فيه وهوقياس قول القاضي لايتناثر ويختلف وعلى قول أصحابنا غير القاضي حكم مامسته النار حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي

ما مسته النار من ذلك حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي وأبو ثور ، والعقد يقتضيه سلما من التأثر والعادة في طبخه تتفاوت فأشبه غيره

(فصل) وفي الجلود من الخلاف مثل مافي الرءوس والاطراف ، وقال الشافعي لايصح السلم فيها لانها تختلف فالورك ثخين قوي والصدر ثخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه

ولنا ان التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فانه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف واللحم والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والاذنين والعينين ويختلف ذلك ولم يمنع صحة السلم فيه كذا ههنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز لانه يختلف . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره اباحة السلم في كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

وأبي ثور والعقد يقتضيه سلما من التاثر والعادة في طبخه تتقارب فأشبه غيره وفي الجلود من الخلاف مافي الرءوس والاطراف وقال الشافعي لايصح السلم فيها لانه يختلف فالورك ثخين قوي والصدر ثخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ، ولنا أن التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فانه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف والشحم ومافي البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والاذنين والعينين ويختلف ولم يمنع صحة السلم فيه كذلك ههنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبوحنيفة لايجوز لانه يختلف، ولناقول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أووزن معلوم» ظاهره إباحة السلم فى كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم فى الحيوان فاللحم أولى

(مسئلة) (وفى الاواني المختلفة الرءوس والاوساط كالقماقم والأسطال الضيقة الرءوس وما يجمع أخلاطا متميزة كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان)

لا يصح السلم فى الاواني المختلفة الرءوس والاوساط لأن الصفة لا تأتي عليها وفيه وجه آخر أنه يصح إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلاه لأن التفاوت فى ذلك يسير . فأما الثياب المنسوجة من نوعين كالقطن والكتان والابريسم فالصحيح جواز السلم فيها لان ضبطها ممكن وفيه وجه آخر أنه لا يجوز كالمعاجين .

(فصل) ويصح السلم فى اللبأ والخبز وما أمكن ضبطه مما مسته النار ، وقال الشافعي لا يصح السلم فى كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف الثمن ويختلف عملها ، ولنا أنه موزون فجاز السلم فيه كسائر الموزونات ولعموم الحديث ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة فاشبه المجفف بالشمس ، فأما اللحم المطبوخ والمشوي فقال القاضي لا يصح السلم فيه وهو مذهب الشافعي لانه يتفاوت كثيراً وعادة الناس فيه مختلفة فلا يمكن ضبطه وقال بعض أصحابنا : يصح السلم فيه لما ذكرنا فى الخبز واللبأ .

(الشرط الثاني) أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً فان المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من كونه معلوما بالوصف كالثمن ولان العلم شرط في المبيع ، وطريقه اما الرؤية واما الوصف ، والرؤية ممتنعة ههنا فيتعين الوصف ، والاوصاف على ضربين متفق على اشتراطها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف الجنس والنوع والجودة والرداءة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في اشتراطها وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي

(الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الاوصاف وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه ونذكرها عند ذكره وذكرها شرط في السلم عند امامنا والشافعي ، وقال أبوحنيفة يكفي ذكر الاوصاف الثلاثة لانها تشتمل على ما وراءها من الصفات ، ولنا أنه يبقى من الاوصاف من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والغرض لأجله فوجب ذكره كالنوع

ولا يجب استقصاء كل الصفات لان ذلك يتعذر وقد ينتهي الحال فيها الى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها فيجب الاكتفاء بالاوصاف الظاهرة التي يختلف

(فصل) ويصح السلم في النشاب والنبل وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما وهو مذهب الشافعي لانه يجمع أخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل فجرى مجرى اخلاط الصيادلة ولان فيه ريشاً نجساً لانه من جوارح الطير . ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا فصح السلم فيه كالقصب والخشب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وإن كان نجسا لكن يصح بيعه فلا يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها والحوامل من الحيوان والمغشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع اخلاطاً غير مميزة كالغالية والند والمعاجين ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوه)

لا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والفيروزج والبلور لان أثمانها تختلف اختلافا متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ولا يمكن تقديرها بشيء معين لان ذلك يتلف وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك صحة السلم فيها اذا اشترط منها شيئاً معلوما ان كان وزناً فبوزن معروف والصحيح الاول لما ذكرناه ، ولا يصح في الحوامل من الحيوان لان الصفة لا تأتي عليها ،ولان الولد مجهول غير متحقق، وفيه وجه آخر أنه يصح لان الحمل لا حكم له مع الام بدليل صحة بيع الحامل وإن اشترط الحمل ولا نقول بأن الجهل بالحمل مبطل للبيع لكن ان لم تكن حاملا فله الرد ، وإذا صح البيع صح السلم لانه بيع ، ولا يصح في المغشوش من الاثمان لانه مجهول لا ينضبط بالصفة ولا فيما يجمع اخلاطاً غير مميزة كالغالية والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها. والذي يجمع اخلاطا على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من نوعين والصحيح جواز السلم فيها (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالانفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والخل في السكنجبين صح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) أخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين

الثمن بها ظاهرا . ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الاوصاف بطل السلم لان من شرط السلم ان يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل واستقصاء الصفات يمنع منه ولو شرط الاجود لم يصح أيضاً لانه لا يقدر على الاجود، وان قدر عليه كان نادراً وان شرط الاردأ احتمل أن لا يصح لذلك واحتمل أن يصح لانه يقدر على تسليم ما هو خير منه فانه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً مما شرطه فلا يعجز إذا عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التي قبلها ، ولو أسلم في جارية وابنتها لم يصح لانه لا بد أن يضبط كل واحدة منها بصفات ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها وكذلك ان أسلم في جارية واختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا ، ولو أسلم في ثوب على صفة خرقة أحضرها لم يجز لجواز أن تهلك الخرقة وهذا غرر ولا حاجة منه فمنع الصحة كما لو شرط مكيالا بعينه أو صنجة بعينها

(فصل) والجنس والجودة أو ما يقوم مقامهما شرطان في كل مسلم فيه فلا حاجة الى تكرير ذكرهما

فلا يصح السلم فيه لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ما خالطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه لان غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولا ، ولا يصح السلم في القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والتوز إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها ، وقيل يجوز السلم فيها كالثياب المنسوجة من نوعين وكالنشاب المشتمل على الخشب والعقب والريش والنصول والاولى ما ذكرنا .

(فصل) الثاني أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداثته وقدمه وجودته ورداءته وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره أنما اشترط ذلك لان المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم به كالثمن ، ولان العلم شرط في البيع وطريقه الرؤية أو الوصف والرؤية متعذرة ههنا فتعين الوصف والاوصاف على ضربين متفق على اشتراطها ومختلف فيها ، فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجودة والرداءة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه وكذلك معرفته وسنذكرها وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم فيه خلافا (الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه غير هذه الاوصاف فينبغي ان يكون ذكرها شرطاً قياساً على المتفق عليها ونذكرها عند ذكره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الاوصاف الاول لانها تشتمل على ماوراءها من الصفات . ولنا أنه يبقى من الصفات من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والعوض لأجله فوجب ذكره كالنوع ، ولا يجب استقصاء كل الصفات لأنه يتعذر وقد ينتهي الحال فيها الى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه فيجب الاكتفاء بالاوصاف الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يتعذر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل لان من شروط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله واستقصاء الصفات يمنع منه

(فصل) ولو أسلم في جارية وابنتها أو أختها أو عمتها أو خالتها أو بنت عمها لم يصح لانه لا بد ان يضبط كل واحدة منها بصفات ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وبنتها ، ولو أسلم في ثوب على صفة خرقة معينة لم يجز لانها قد تهلك وهذا غرر فهو كما لو شرط مكيالا بعينه غير معلوم

(فصل) والجنس والجودة والقدر شرط في كل مسلم فيه فلا حاجة إلى تكرير ذكر ذلك ويذكر ما سواها فيصف التمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بغدادي أو

في كل مسلم فيه ويذكر ما سواهما فيصف التمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بغدادي أو بصري فان البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصري بخلاف ذلك والقدر كبار أو صغار وحديث أو عتيق فان أطلق العتيق فأي عتيق أعطي جاز مالم يكن مسوسا ولا حشفاً ولا متغيراً وان قال عتيق عام أو عامين فهو على ما قال ، فأما اللون فان كان النوع الواحد مختلفاً كالطبرز يكون أحمر ويكون أسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الاوصاف الا الحديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ منه مشدخاً ولا قديما قارب أن يتمر ، وهكذا ما جرى مجراه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد فيقول حوراني أو بلقاوي أو سمالي ، وصغار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وان كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه الا مصفى وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(فصل) ويصف العسل بثلاثة أوصاف البلد فيجي أو نحوه ويجزيء ذلك عن النوع، والزمان ربيعي أو خريفي أو صيفي ، واللون أبيض أو أحمر وليس له إلا مصفى من الشمع

(فصل) ولا بد في الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون ان كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام اليه ان كان بالغاً وان كان صغيراً فالقول قول سيده ، وان لم يعلم رجع في قوله إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريبا واذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفا مثل التركي منهم الجكلي والخزري فهل يحتاج الى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج في الجارية الى ذكر البكارة والثيوبة ولا الجعودة والسبوطة لان ذلك لا يختلف به الثمن

بصري فان البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء ، والبصري بخلافه ، والقدر كبار أو صغار ، أو حديث أو عتيق فان أطلق العتيق أجزأ أي عتيق كان مالم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً ، وإن شرط عتيق عام أو عامين فهو على ماشرط ، فأما اللون فان كان النوع الواحد يختلف كالطبرزد يكون أحمر وأسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الاوصاف الا الحديث والعتيق وليس له من الرطب الا ما أرطب كله ولا يأخذ مشدخا ولا ماقارب أن يتمر وهكذا ما يشبهه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد حوراني أو سمالي وصغار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وان كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم اليه إلا مصفى وهذا الحكم في الشعير وسائر الحبوب ويصف العسل بثلاثة أوصاف بالبلد ويجزيء ذلك عن النوع ، والزمان ربيعي وصيفي واللون وليس له الا مصفى

(فصل) ولا بد في الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام اليه ان كان بالغاً والا فالقول قول سيده ،وإن لم يعلم رجع في ذلك الى أهل الخبرة على مايغلب على ظنونهم تقريباً ، واذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي منهم الجكلي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين (أولاهما) أنه يحتاج لانه يختلف به الثمن ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر الجعودة والسبوطة لان ذلك لا يختلف به الثمن اختلافا بيناً ومثل ذلك لا يراعى كما لا تراعى صفات الحسن والملاحة ، فان ذكر شيئاً من ذلك

اختلافا بينا ، ومثل ذلك لا يراعى كصفات الحسن والملاحة فان ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثيوبة والبكارة لان الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ، ويذكر القد خماسي أوسداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار قال أحمد يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، فأما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من نتاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون بيضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان كان النتاج يختلف فيه مهرية وأرحبية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين وما زاد على هذه الاوصاف لا يفتقر إلى ذكره ، وان ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه ، وأوصاف الخيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمير فلا نتاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها إلى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها نتاج فهي كالابل وإلا فهي كالحمر ولا بد من ذكر النوع فى هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عرابية وفي الخيل عربية أو هجين أو برذون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمر والبغال فلا نوع فيهما

(فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والأنوثية والسمن والهزال وراعيا أو معلوفا ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فحلا أوخصيا ، وان كان من صيد لم يحتج الى ذكر العلف والخصاء ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة ، وفي الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليما وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل لكونه مفتوح الفم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله ان هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه إلا القليل من الناس وإذا لم يحتج في الرقيق الى ذكر البكارة والثيوبة والسمن والهزال وأشباهها مما يتباين بها الثمن وتختلف الرغبات بها ويعرفها

لزمه ، ويذكر الثيوبة والبكارة لأن الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ويذكر القد خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار . قال أحمد : يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، أما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من نتاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون بيضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان اختلف النتاج فكان فيه مهرية وأرحبية فهل يحتاج إلى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين ولا يفتقر إلى ذكر مازاد على هذه الاوصاف ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه وأوصاف الخيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمر فلا نتاج لها فيجعل بدل ذلك نسبتها الى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها نتاج فهي كالابل والا فهي كالحمر ، ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عرابية ، وفي الخيل عربية أو هجين أو برذون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمير والبغال فلا أنواع فيها

(فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والانوثية والسمن والهزال وراعياً أومعلوفاً ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فحلا أو خصياً وإن كان لحم صيد لم يحتج الى ذكر العلف والخصى ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة ، وفي الجارحة يذكر صيد فهد أوكلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليما ، وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب نكهة من الفهد لكونه مفتوح الفم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله أن هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه الا القليل من الناس ، واذا لم يحتج في الرقيق الى ذكر السمن والهزال واشباهها وما يتباين بها الثمن وتتعلق بها الرغبات ويعرفها الناس

الناس فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر ، وان كان السلم في لحم طير لم يحتج الى ذكر الذكورية والانوثية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم الا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها وفي السمك يذكر النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما ، وان كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان اطلاقه يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد باوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد ولا رقيق إلا أن تكون رقته للحر ، ويصف اللبن بالنوع والمرعى ولا يحتاج الى اللون ولا حلبة يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير ، قال أحمد ويصح السلم في الخيض ، وقال الشافعي لا يصح السلم فيه لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج والملح والانفحة في الجبن والماء في خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبأ بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ

(فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفاقة

فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر ، فان كان السلم في لحم طير لم يحتج الى ذكر الذكورية والانوثية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم إلا ان يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها ، ويذكر في السمك النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر ، قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان الاطلاق يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه ولا يلزم قبول متغير من السمن والزبد ولا رقيق إلا أن تكون رقته للحر ، ويصف اللبن بالمرعى ولا يحتاج إلى اللون ولا حليب يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير . قال أحمد ويصح السلم في المخيض وقال الشافعي لا يصح لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج وفي خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبأ بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ وعدمه .

(فصل) ويضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفاقة

والرقة والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن فان ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة وكونه على وزن معلوم فيكون فيه تغرير لتعذر اتفاقه(١) وان ذكر خاماً أو مقصوراً فله ما شرط وإن لم يذكره جاز وله خام لانه الاصل وان ذكر مغسولا أو لبيساً لم يجز لان اللبس يختلف ولا ينضبط فان أسلم في مصبوغ وكان مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب، وان كان مما يصبغ بعد نسجه لم يجز لان صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته ولان الصبغ غير معلوم، وان أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وابريسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بان يقول: السدى ابريسم واللحمة كتان أو نحوه جاز ولهذا جاز السلم في الخز وهو من غزلين مختلفين، وان أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وان كان زيادة لم يجز لانه لا ينضبط(٢)

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر، وإن شرط في القطن منزوع الحب جاز وان أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه، ويصف الابريسم بالبلد واللون والغلظ والدقة، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لان صوف الخريف أنظف. قال القاضي: ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير، وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعر وان لم يشترطه، وان شرطه جاز وكان تأكيداً والشعر والوبر كالصوف، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

١) كان ذلك المعروف حتى زمن المؤلف وأما الآن فلا يتعذر بل هو موجود

(٢) يمكن ضبطه

والرقة والغلظ والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن وإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة مع وزن معلوم فيكون فيه تغرير لبعد اتفاقه، وان ذكر الخام أو المقصور فله شرطه وإن لم يذكره جاز وله خام لانه الاصل، وان ذكر مغسولا أو لبيساً لم يجز لان اللبيس يختلف ولاينضبط فان أسلم في مصبوغ مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب وإن كان ما يصبغ بعد نسجه لم يجز لان الصبغ يمنع من الوقوف على نعومة الثوب وخشونته ولان الصبغ غير معلوم، وان أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وكتان أو قطن وابريسم أو صوف وابريسم وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول السدى ابريسم واللحمة كتان أو نحوه جاز وقد ذكرناه، ولهذا جاز السلم في الخز وهو من غزلين مختلفين، وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وإن كان زيادة لم يجز لانه لا ينضبط.

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظة والرقة الطول والقصر، وان شرط في القطن منزوع الحب جاز وان أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه، ويصف الابريسم بالبلد واللون والغلظ والرقة، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لان صوف الخريف أنظف، قال القاضي: ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعر وإن لم يشترطه، وان اشترطه جاز وكان تأكيداً وكذلك الشعر والوبر، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والرقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(فصل) ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالنوع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والنعومة والخشونة واللون ان كان يختلف ويزيد في الحديد ذكراً أو أنثى فان الذكر أحد وأمضى ، وإن أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ويضبطها بذلك كله ، وان أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وأي عمل ؟ وان أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه

(فصل) والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ويبسه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ، ويلزمه أن يدفع اليه من طرفه الى طرفه بذلك العرض والدور فان كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً ، وان كان أدق لم يلزمه قبوله ، وان ذكر الوزن أو سمحا جاز وان لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لان ذلك عيب ، وان كان للقسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهليا أو جبلياً أو خوطا أو فلقة فان الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة ، ويذكر فيما للوقود الغلظة واليبس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج إلى معرفته ويخرجه من الجهالة ، وان أسلم في النشاب والنبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه

(فصل) والحجارة منها ما هو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ، ومنها ما هو للبناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن ، ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر

(فصل) ويضبط الرصاص والنحاس والحديد بالنوع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والنعومه والخشونة واللون إن كان يختلف ويزيد في الحديد ذكراً أو أنثى فان الذكر أحد وأمضى وان أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ويضبطها بذلك وإن أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وبلده وغلظه وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه

(فصل) والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ورطوبته ويبسه وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك العرض والدور ، وإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً ، وان كان أدق لم يلزمه قبوله ، وان ذكر الوزن أو سمحا جاز وان لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لان ذلك عيب وان كان للقسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهلياً أو جبلياً أو خوطاً أو فلقة فان الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة ويذكر فيما للوقود الغلظ واليبس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج الى معرفته ويخرجه من الجهالة وان أسلم في النشاب والنبل ضبطه بنوع خشبه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه .

(فصل) والحجارة منها ماهو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ومنها ماهو للبناء فيذكر اللون والقدر والنوع والوزن ويذكر في حجارة الآنية النوع واللون والقدر واللين والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع التربة واللون والدور والثخانة وان أسلم

واللين والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع اتربة واللون والدور والثخانة، وان أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ماأصابه الماء فجف ولا ماقدم قدمايؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بلونه والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله أن يعطيه صغاراً أو كباراً، وقد قيل ان العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ،ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط المصطكا واللبان والغراء العربي وصمغ الشجر والمسك وسائر مايجوز السلم فيه بمايختلف به

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا كان بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد معلوم)

هذا الشرط الثالث وهو معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل ان كان مكيلا وبالوزن ان كان موزونا وبالعدد ان كان معدوداً لقول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم

في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ما أصابه الماء فجف ولا ماقدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بالوزن والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله اعطاؤه صغاراً أو كباراً ،وقد قيل العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط اللبان والمصطكا وصمغ الشجر والمسك وسائر مايجوز السلم فيه بمايختلف به

(مسئلة) (فان شرط الاجود لم يصح) لتعذر الوصول اليه إلا نادراً (وان شرط الأردأ لم يصح في أحد الوجهين) لذلك (والثاني) يصح لانه يمكنه تسليم المسلم أو خير منه فيلزم المسلم قبوله

(مسئلة) (وإن جاءه بدون ما وصف له أو نوع آخر فله أخذه)

لانه رضي بدون حقه ولا يلزمه لأن فيه اسقاط حقه،وقال القاضي يلزمه اذلم يكن أدنى من النوع المشترط لانه من جنسه أشبه الزائد في الصفة . ولنا أنه لم يأت بالمشروط فلم يلزم قبوله كالادنى بخلاف الزائد في الصفة فانه أحضر المشروط مع زيادة ولان أحد النوعين يصلح لما لا يصلح له الآخر بخلاف الصفة

(مسئلة) (وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه)

لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود وذكر ابن ابي موسى رواية أنه يجوز أن يأخذ مكان البر شعيراً مثله ولعله بناه على أنهما جنس واحد والاول أصح

(مسئلة) (وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله) لانه أتى بما تناوله العقد وزيادة تنفعه ولا تضره

(مسئله) (وإن جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح)

وقال أبو حنيفة يصح كما لو جاءه بزيادة في القدر . ولنا ان الجودة صفة فلا يجوز افرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا ، وإن جاءه بزيادة في القدر فقال له ذلك صح لان الزيادة ههنا يجوز افرادها بالبيع

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الثالث أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع فان أسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لم يصح وعنه يصح)

يشترط معرفة قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون في إحدى الروايتين لقول

إلى أجل معلوم » ولانه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافا ويجب أن يقدره بمكيال أو أرطال معلومة عند العامة فان قدره باناء معلوم أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح لانه يهلك فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج اليه العقد قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور، وان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما وان لم يعرفا لم يجز .

(فصل) وان أسلم فيما يكال وزناً أو فيما يوزن كيلا فنقل الاثرم انه سأل احمد عن السلم في التمر وزنا فقال : لا إلا كيلا . قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل قال وان كانوا لا يعرفون الكيل ، فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيل إلا كيلا ولا في الموزون إلا وزناً وهكذا ذكره القاضي وابن أبي موسى لانه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولانه قدر المسلم بغير ماهو مقدر به في الأصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزنا ، ونقل المروذي عن أحمد

النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » متفق عليه ويشترط معرفة المذروع بالذرع والمعدود بالعد لانه عوض غائب يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة مقدار المسلم فيه خلافا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم فان أسلف في المكيل وزنا أو في الموزون كيلا ففيه روايتان (احداهما) لا يصح نقلها عنه الاثرم فقال سئل أحمد عن السلم في التمر وزنا فقال لا إلا كيلا ، قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل . قال وان كانوا لا يعرفون الكيل فعلى هذه الرواية لا يجوز في المكيل إلا كيلا ولا في الموزون الا وزنا ذكره القاضي وابن أبي موسى لانه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه مقدر بغير ما هو مقدر به في الاصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزنا (والثانية) يجوز فنقل المروذي عن أحمد أن السلم يجوز في اللبن اذا كان كيلا او وزنا وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزنا وفى الموزون كيلا لان اللبن لا يخلو من ان يكون مكيلا او موزونا وقد اجاز السلم فيه بكل منهما وهو قول الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا الصحيح ان شاء الله لان الغرض معرفة قدره وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز ويفارق بيع الربويات فان التماثل بالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون شرط ولا يعلم هذا الشرط اذ قدرها بغير مقدارها الاصلي ، وقد ذكرنا المكيل والموزون فى باب الربا ، ولا يسلم فى اللبأ إلا موزونا لانه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه وإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار وزن بالسفينة فتترك السفينة فى الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى اي موضع تغوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او احجار صغار الى ان يبلغ الماء الموضع المعلم ثم يوزن بميزان فيكون زنة ذلك الشيء

(مسئلة) (ولا بد ان يكون المكيال معلوما فان شرط مكيالا بعينه او صنجة بعينها غير معلومة لم يصح) يشترط ان يكون المكيال والصنجة والذراع معروفة عند العامة فان عين مكيالا او صنجة او

انه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلا أو وزنا وهذا يدل على اباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لان اللبن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى لان الغرض معرفة قدره وخروجه من الجهالة وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز . ويفارق بيع الربويات فان التماثل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط ولا نعلم هذا الشرط اذا قدرها بغير مقدارها الاصلي . اذا ثبت هذا فان الحبوب كلها مكيلة وكذلك التمر والزبيب والفستق والبندق والملح ، قال القاضي وكذلك الادهان وقال في السمن واللبن والزبد يجوز السلم فيها كيلا ووزنا ولا يسلم في اللبأ الا وزنا لانه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه

(فصل) فان كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار يوزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى أي موضع تغوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او حجارة صغار الى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه ثم يوزن بميزان فما بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه (١)

(فصل) ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان السلم جائز في الثياب بذرع معلوم

(فصل) وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره فالمعدود نوعان

ذراعا غير معلوم لم يصح لانه يهلك فيتعذر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج اليه العقد. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعرف عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور فان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما ، فان لم يعلما لم يجز لما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان)

(احداهما) يسلم فيه عدداً والاخرى وزنا وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً وفي الفواكه والبقول وزنا وماعدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره والمعدود نوعان (احدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض فيسلم فيه عدداً في أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي، وقال الشافعي لا يسلم فيهما عدداً لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ وانما يسلم فيهما وزنا وكيلا

ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر والصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء يسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ، ويفارق البطيخ فانه يتفاوت تفاوتا كثيراً لا ينضبط ولنا فيه منع أيضا (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فحكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول وفيه وجهان (احدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطها بالصغر والكبر لانه يباع هكذا (والثاني) لا يسلم فيه الا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيراً ويتباين جداً ، ولا بالكيل لانه يتجافى في المكيال. ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لانه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديرة بغير الوزن فيتعين تقديره به ، وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً لانه يباع كذلك وفي الفواكه والبقول وزنا لانه أضبط وقد ذكرناه

(١) في هذا العصر من الموازين ما يوزن فيه ما هو أعظم مما ذكره بدقة لا يتأتى مثلها بوزن السفينة

(أحدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض ونحوهما فيسلم فيه عدداً، وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي وقال الشافعي يسلم فيهما كيلا أو وزنا ولا يجوز عدداً لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ ولنا ان التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر أو الصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وان بقي شيء يسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ويفارق البطيخ فانه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضبط (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه حكم ماليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والكبر لانه يباع هكذا (الثاني) لا يسلم فيه الا وزنا، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيراً ويتباين جداً ولا بالكيل لانه يتجافى في المكيال. ولا يمكن تقدير البقول بالحزم لانه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به.

﴿مسألة﴾ قال (الى أجل معلوم بالاهلة)

وهذا الشرط الرابع وهو ان يكون مؤجلا أجلا معلوما وفي هذه المسئلة فصول ثلاثة

قال رحمه الله تعالى ﴿فصل﴾ (الرابع أن يشترط أجلا معلوما له وقع في الثمن كالشهر ونحوه، فان أسلم حالا أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح)

يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال نص عليه أحمد في رواية المروذي، وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيوع الاعيان، ولانه اذا جاز مؤجلا فحالا أجوز ومن الغرر أبعد

ولنا قول النبي ﷺ «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» فأمر بالاجل والامر يقتضي الوجوب، ولانه أمر بهذه الشروط تبيينا لشروط السلم ومنعا منه بدونها، ولذلك لا يصح اذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الاجل، ولانه انما جاز رخصة للمرفق ولا يحصل المرفق الا بالاجل، فاذا انتفى الاجل انتفى المرفق فلا يصح كالكتابة، ولان الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه، أما الاسم فانه سمي سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ماذكرناه في أول الباب من أن الشارع رخص فيه من اجل الحاجة الداعية اليه ومع حضور مايبيعه حالا لا حاجة الى السلم فلا يثبت وفارق بيوع الاعيان فانها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكروه من التنبيه غير صحيح لان ذلك انما يجري فيما اذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك ههنا فان البعد من الغرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وانما المصحح له شيء آخر لم يذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما. اذا ثبت هذا فانه إن باعه مايصح السلم فيه حالا في الذمة صح ومعناه معنى السلم، وانما افترقا في اللفظ لكن يشترط في البيع أن يكون المبيع مملوكا للبائع، فان باعه ما ليس عنده لم يصح وقد ذكرناه

(فصل) ويشترط كون الاجل مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه، وقال أصحاب أبي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز، وقدره بعضهم بثلاثة أيام وهو قول الاوزاعي لانها مدة يجوز فيها خيار الشرط وهي آخر حد القلة قالوا لان الاجل انما اعتبر في السلم لان المسلم فيه معدوم في الاصل لكون

(أحدها) أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال قال أحمد في رواية المروذي لا يصح حتى يشترط الاجل ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيوع الاعيان ولانه اذا جاز مؤجلا فحالا أجوز ومن الغرر أبعد ، ولنا قول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم « فامر بالاجل وأمره يقتضي الوجوب ولانه أمر بهذه الامور تبييناً لشروط السلم ومنعا منه بدونها وكذلك لا يصح اذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الاجل ولان السلم إنما جاز رخصة للرفق ولا يحصل الرفق الا بالاجل فاذا انتفى الاجل انتفى الرفق فلا يصح كالكتابة ولان الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه أما الاسم فلانه يسمى سلما وسلفا لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ماذكرناه في أول الباب من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية اليه ومع حضور مايبيعه حالا لاحاجة إلى السلم فلا يثبت ويفارق بيوع الاعيان فانها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكروه من التنبيه غير صحيح لان ذلك إنما يجزيء فيما اذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك ههنا فان البعد من الضرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وإنما المصحح

السلم انما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور حصوله فيها. ولنا أن الاجل انما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواما وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم إن المقصود يحصل بأقل مدة لا يصح فان السلم انما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا يحصل هذا في المدة اليسيرة غالبا

(مسئلة) (إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح)

قال الاثرم قلت لأبي عبد الله الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم ؟ فقلت نعم ، فقال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أنه يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه : وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد الى أجلين لم يصح في أحد القولين لان مايقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول . ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال كبيوع الاعيان ، فعلى هذا اذا قبض البعض وتعذر رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا على المقبوض لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) (فان أسلم في جنس إلى أجلين أو في جنسين إلى أجل صح) أما اذا أسلم في جنس إلى أجلين فقد ذكرناه في المسئلة قبلها ، وإن أسلم في جنسين إلى أجل واحد صح قياسا على البيع

(مسئلة) (ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم للخبر)

وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالأهلة نحو أول الشهر وأوسطه وآخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسئلونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، فان أسلم إلى عيد الفطر أو النحر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالأهلة فان

له شيء آخر لم نذكر اجتماعها فيه وقد بينا افتراقها ، اذا ثبت هذا فانه ان باعه مايصح السلم فيه حالا في الذمة صح ومعناه معنى السلم وانما افترقا في اللفظ .

(الفصل الثاني) أنه لا بد من كون الاجل معلوما لقوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الى أجل معلوم » ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافا فاما كيفيته فانه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجزاز وما أشبهه ؟ وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أنه قال أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور وعن ابن عمر أنه كان يبتاع الى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة ، وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم فاما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتفاوت أيضا فأشبه الحصاد ، واحتج من أجاز ذلك بانه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتا كثيرا فأشبه اذا قال الى رأس السنة

ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال لا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم ولان ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد . فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت ان رسول الله ﷺ بعث الى يهودي « ان ابعث الي بثوبين الى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة قال احمد فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر فاخاف أن يكون من غفلاته اذ لم يتابع عليه، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى الميسرة لم يصح

(فصل) إذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله وان جعل الاجل اسما يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر تعلق باولها وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه إذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف ذلك الى الاشهر الهلالية بدليل قوله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم

جعل الاجل مقدراً بغير الشهور الهلالية وكان مايعرفه المسلمون وهو مشهور بينهم مثل الاشهر الرومية كشباط ونحوه أو عيد لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفها فظاهر كلام الخرقي وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية أشبه إذا أسلم إلى الشعانين وعيد الفطير ، ولان هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضي يصح وهو قول الاوزاعي والشافعي لانه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف لكونه لا يعلمه المسلمون وإن كان مما لا يعرفه المسلمون كالشعانين وعيد الفطير ونحوهما لم يصح السلم اليه لان المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لان قولهم غير مقبول ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم الى مالا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لانه مجهول عنده

(فصل) واذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله ، وان جعل الاجل اسما يتناول شيئين كجمادى ويوم النفر تعلق بأولها ، وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها ، وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف الى الاشهر الهلالية لقول الله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً) وإن أراد الهلالية فان

خلق السموات والارض منها أربعة حرم) وأراد الهلالية وان كان فى اثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهرا بالعدد ثلاثين يوما وقيل تكون الثلاثة كلها عددية، وقد ذكرنا هذا فى غير هذا الموضع، وان قال محله شهر كذا أو يوم كذا صح وتعلق بأوله وقيل لا يصح لانه جعل ذلك ظرفا فيحتمل اوله وآخره. والصحيح الاول فانه لو قال لامراته انت طالق فى شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا، فان قيل الطلاق يتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدوم زيد بخلاف مسئلتنا، قلنا إلا انه اذا جعل محله فى شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم.

(فصل) ومن شرط الاجل ان يكون مدة لها وقع فى الثمن كالشهر وما قاربه، وقال أصحاب ابي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز. وقدره بعضهم بثلاثة ايام، وهو قول الاوزاعي لانها مدة يجوز فيها خيار الشرط ولانها آخر حد القلة ويتعلق بها عندهم إباحة رخص السفر، وقال الآخرون إنما اعتبر التأجيل لان المسلم فيه معدوم في الاصل لكون السلم انما ثبت رخصة فيحق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها، ولنا أن الاجل انما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من اجله السلم ولايحصل ذلك بالمدة التى لا وقع لها في الثمن ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواماوهم لايجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها، وقولهم ان المقصود يحصل بأقل مدة غير صحيح فان السلم انما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمارأو زروع أوتجارات ينتظرون حصولها ولا تحصل هذه في المدة اليسيرة

(الفصل الثالث) في كون الاجل معلوما بالأهلة وهو أن يسلم الى وقت يعلم بالهلال نحو أول الشهر أو أوسطه أو آخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك، ولو أسلم إلى عيد الفطر أو النحر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالاهلة، وان جعل الاجل مقدراً بغيرالشهور الهلالية فذلك قسمان

كان في اثناء شهر كمل شهراً بالعدد وشهرين بالاهلة، وقيل تكون الثلاثة بالعدد وسنذكر ذلك في غير هذا، وان قال محله شهر كذا صح وتعلق بأوله، وقيل لا يصح لانه جعل ذلك ظرفا فيحتمل أوله وآخره والصحيح الاول، فانه لو قال لعبده أنت حر في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا، فان قيل العتق يتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدوم زيد بخلاف مسئلتنا، قلنا الا أنه اذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم

(مسئلة) (وان أسلم الى الحصاد أو شرط الخيار اليه فعلى روايتين)

لا يصح أن يؤجل السلم الى الحصاد والجزاز وما أشبهه، كذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر، وفيه رواية أخرى أنه يجوز. قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس، وبه قال مالك وأبو ثور، وعن ابن عمر أنه كان يبتاع الى العطاء، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو، وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم، فأما نفس العطاء فهو مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر، ويحتمل أنه أرادنفس العطاء لكونه يتقارب أيضا فأشبه الحصاد ووجه ذلك انه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوتا كثيراً أشبه اذا قال الى رأس السنة

(أحدهما) ما يعرفه المسلمون وهو بينهم مشهور ككانون وشباط أو عيد لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفهما فظاهر كلام الخرقي وابن ابي موسى أنه لا يصح لانه أسلم الى غير الشهور الهلالية أشبه اذا أسلم الى الشعانين وعيد الفطير ولان هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضي يصح ، وهو قول الاوزاعي والشافعي قال الاوزاعي إذا أسلم الى فصح النصارى وصومهم جاز لانه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف فانه لا يعلمه المسلمون (القسم الثاني) ما لا يعرفه المسلمون كعيد الشعانين وعيد الفطير ونحوهما فهذا لا يجوز السلم اليه لان المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لان قولهم غير مقبول ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وان أسلم الى ما لا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لانه مجهول عنده . (١)

(١) فان عرفوا كل ذلك كأهل البلاد التي تنشر فيها التقاويم المبينة لذلك صح

ولنا قول ابن عباس : لا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم ، ولان ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد ، فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت : ان النبي ﷺ بعث الى يهودي « أن ابعث الي بثوبين الى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة ، وقال أحمد فيه غفلة وهو صدوق ، قال ابن المنذر فأخاف ان يكون من غفلاته اذ لم يتابع عليه ، ثم إنه لا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى الميسرة لم يصح ، وان جعل الخيار اليه فهو في معنى الاجل

﴿ مسئلة ﴾ (واذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه والا فلا)

عبر بالسلم عن المسلم فيه كما يعبر بالسرقة عن المسروق ، وبالرهن عن المرهون ، واذا حضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله كالبيع المعين سواء تضرر بقبضه أو لا لان على المسلم اليه ضرراً في بقائه في يده ، فان امتنع قيل له إما أن تقبض حقك أو تبريء منه لان قبض الحاكم قام مقام قبض الممتنع بولايته الا أنه ليس له الابراء

(الحال الثاني) أن يحضره بعد محل الوجوب فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما (الحال الثالث) أن يحضره قبل محله فينظر ، فان كان في قبضه قبل المحل ضرر إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والاطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحو هذا لم يلزم المسلم قبوله لان له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو طعامه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لانه لا يأمن تلفه ويحتاج الى المؤنة وهكذا ان كان يحتاج في حفظه الى مؤنة كالقطن ونحوه ، أو كان الوقت مخوفا يخشى على ما يقبضه فلا يلزمه الاخذ في هذه الاحوال لان عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فهو كنقص صفة فيه ، وان كان مما لا ضرر في قبضه ولا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فانه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعسل ولم يكن في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تعجل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وزيادة الجودة في المسلم فيه

(فصل) وليس له الا أقل ما تقع عليه الصفة لانه قد سلم اليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه فعليه أن يسلم الحبوب نقية ، فان كان فيها تراب يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز ، وان كان يسيراً لا يؤثر في الكيل ولا يعيب لزمه أخذه ، ولا يلزمه أخذ التمر الا جافا ، ولا يلزم أن يتناهى جفافه لانه يقع عليه

﴿مسألة﴾ قال (موجوداً عند محله)

هذا الشرط الخامس وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ولا نعلم فيه خلافا وذلك لانه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر فلم يمكن تسليمه فلم يصح بيعه كبيع الآبق بل أولى فان السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه فلا يجوز أن يسلم في العنب والرطب الى شباط أو اذار ولا الى محل لا يعلم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً فلا يؤمن انقطاعه

(فصل) ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ولا قرية صغيرة لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه قال ابن المنذر ابطال السلم اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك الثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قال وروينا عن النبي ﷺ أنه أسلف اليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ «اما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه أبو اسحاق الجوزجاني في المترجم، وقال أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولانه اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتلفه فلم يصح كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وقال أسلمت اليك في مثل هذه

(فصل) ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان

الاسم، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال وإن قبضه فوجده معيبا فله المطالبة بالبدل كالمبيع والله أعلم

(فصل) الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله لا نعلم فيه خلافا لانه اذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم، واذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل ظاهراً فلا يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق، بل أولى فان السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فان كان لا يوجد فيه أولا يوجد الا نادراً كالسلم في العنب والرطب الى شباط أو أذار أو أسلم الى محل لا يعم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه الا نادراً لم يصح لانه لا يؤمن انقطاعه فلا يغلب على الظن القدرة على تسليمه عند وجوب التسلم

(مسئلة) (وان أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح لانه لا يؤمن تلفه وانقطاعه) قال ابن المنذر: ابطال السلم اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم منهم الثوري ومالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي، قال وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسلف اليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه الجوزجاني في المترجم وقال اجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولانه لا يؤمن انقطاعه وتلفه أشبه مالو اسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وأسلم في مثلها

(فصل) ولا يشترط وجود المسلم فيه حال العقد بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان الشتاء

الشتاء وفى كل يوم معدوم اذا كان موجوداً في المحل وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد الى حين المحل لان كل زمن يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه لموت المسلم اليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل

ولنا ان النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال « من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم وأجل معلوم » ولم يذكر الوجود ولو كان شرطا لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين لانه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولانه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالبا فجاز السلم فيه كالموجود ولا نسلم أن الدين يحل بالموت وان سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود اذ لو لزم أفضى الى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلا وهنا لم يجعلاه

(فصل) اذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبة المسلم اليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين أن يصبر الى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجود أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فاذا هلكت انفسخ العقد كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت ، والاول الصحيح فان العقد قد صح وانما تعذر التسليم فهو كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام فانهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وانما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكنه من دفع ماهو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه اذا وجدها ولم يجد غيرها وليست متعينة

وفي كل معدوم إذا كان موجوداً عند المحل وهو قول مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، وقال الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي يشترط أن يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حال المحل لان كل زمان يجوز أن يكون محلا المسلم فيه لموت المسلم اليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل. ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين لانه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولا يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً أشبه الموجود ولا نسلم ان الدين يحل بالموت ، وان سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود اذ لو لزم أفضى الى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ماجعله المتعاقدان محلا وههنا لم يجعلاه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم الى محل يوجد فيه عاما فانقطع خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوما فى أحد الوجهين وفي الآخر ينفسخ بنفس التعذر)

وجملة ذلك أنه تعذر تسليم المسلم فيه عند محله اما لغيبة المسلم اليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين الصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن ان كان موجوداً أو بمثله إن كان مثليا والا قيمته ، وبذلك قال الشافعي واسحاق وابن المنذر ،وفيه وجه آخر أنه ينفسخ بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فاذا هلكت انفسخ العقد به كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت والاول أصح فان العقد قد صح وإنما تعذر التسليم فهو كمن اشترى عبداً فابق قبل القبض ، ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام، فانهما

وإن تعذر البعض فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر الى حين الامكان ويطالب بحقه، فان أحب الفسخ في المفقود دون الموجود فله ذلك لان الفساد طرأ بعد صحة عقد فلا يوجب الفساد في الكل كما لو باعه صبرتين فتلفت إحداهما، وفيه وجه آخر ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر على ماذكرنا من الخلاف في الاقالة في بعض المسلم فيه، وإن قلنا ان الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطاريء على بعض المعقود عليه لايوجب فساد الجميع ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) اذا أسلم نصراني إلى نصراني في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه كذلك قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول لانه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المعقود عليه وإن كان المسلم اله فقد تعذر عليه ايفاؤها فصار الامر إلى رأس ماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق)

هذا الشرط السادس وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا لانه معاوضة لايخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلماً فأشبه مالو تأخر إلى آخر المجلس

ولنا أنه عقد معاوضة لايجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف، وإن قبض بعده ثم تفرقا فكلام الخرقي يقتضي

لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وانما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكنه من دفع ماهو بصفة حقه ولذلك يجب الدفع من ثمرة نفسه إذا قدر ولم يجد غيرها وليست متعينة فان تعذر البعض فالمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الامكان ويطالب بحقه، فان أحب الفسخ في المتعذر وحده فله ذلك لان الفساد طرأ بعد صحة العقد فلم يوجب الفساد في الكل ويصبر على ما نذكره من الخلاف في الاقالة في بعض السلم، وان قلنا إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المعقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطاريء على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت المشتري خيار الفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) وإذا أسلم ذمي الى ذمي في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المسلم يأخذ دراهمه لانه ان كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المعقود عليه وإن كان الآخر فقد تعذر عليه الايفاء فصار الامر إلى رأس ماله

﴿فصل﴾ (الشرط السادس) أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطا لانه معاوضة لاتخرج بتأخير قبضه من أن تكون سلماً فاشبه تأخيره إلى آخر المجلس

ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف، ولا يصح قياسه على المجلس بدليل الصرف، وان قبض بعضه ثم تفرقا فكلام الخرقي

أن لا يصح لقوله كاملا وحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري ، وقال أبو الخطاب هل يصح في غير المقبوض؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور: إذا أسلم ثلاثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الاصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألفاً إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم اليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الالف فانه يصح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال يبطل في الحوالة في الكل وفى المسألة الاخرى يبطل فيما لم يقبض ويصح فيما قبض بقسطه بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده ويبتدئان عقداً آخر إن أحبا وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لان العقد انما وقع على ثمن سليم فاذا دفع اليه ما ليس بسليم كان له المطالبة بالسليم ، ولا يؤثر قبض المعيب في العقد ، وإن تفرقا ثم علم عيبه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق ولا يجوز ذلك في السلم (والثاني) لا يبطل لان القبض الاول كان صحيحاً بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا يدل على المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البدل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل لم يصح وجهاً واحداً لخلو

يقتضي أن لا يصح ـحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري . وقال أبو الخطاب هل يصح في المقبوض؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور إذا أسلمت ثلثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الاصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصحح العقد في الباقي بحصته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلف الفاً الى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم اليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الالف صح السلم في النصف المقبوض ويطل في الباقي وحكي عن أبي حنيفة انه قال يبطل في الحوالة في الكل ، وفي المسألة الاخرى يبطل فيما لم يقبض وحده بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده فان كان الثمن أحد النقدين وقلنا تتعين النقود بالتعيين بطل ، ويبتدئان عقداً آخر ان اختاره ، وان كان في الذمة فله ابداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لان العقد انما وقع على ثمن سليم فاذا دفع اليه معيباً كان له رده والمطالبة بالسليم ، ولم يؤثر قبض المعيب في العقد ، وان تفرقا ثم علما عيبه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق (والثاني) لا يبطل لان القبض الاول كان صحيحاً بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا بدل عن المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البدل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل بطل وجها واحداً لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، فان وجد بعض الثمن رديئاً فرده

العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، وإن وجد بعض الثمن رديئاً فرده ففي المردود التفصيل الذي ذكرناه وهل يصح في غير الرديء اذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد قال أحمد : اذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع . وذلك لان الثمن اذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس، وان قبضه ثم تفرقا بطل العقد لان المقبوض لا يصلح عوضا فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضولي ، وإن وجد بعضه مستحقاً بطل في ذلك البعض ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل) اذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام الى أجل لم يصح قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم منهم مالك والاوزاعي والثوري وأحمد واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي، وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك وذلك لان المسلم فيه دين فاذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك بالاجماع، ولو قال أسلمت اليك مائة درهم في كر طعام وشرطا أن يعجل له منها خمسين وخمسين الى أجل لم يصح العقد في الكل على قول الخرقي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان بناء على تفريق الصفقة (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة (والثاني) لا يصح وهو قول الشافعي وهو أصح لان للمعجل فضلا على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤجل والزيادة مجهولة فلا يصح

﴿مسئلة﴾ قال (ومتى عدم شيء من هذه الاوصاف بطل)

في المردود ما ذكرنا من التفصيل ، وهل يصح في غير الرديء . اذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان ظهرت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح . قال أحمد : اذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع . وذلك لان الثمن اذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير اذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس ، وان قبضه ثم تفرقا بطل العقد لان المقبوض لا يصلح عوضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن الا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضول ، أو أن النقود لا تتعين بالتعيين ، وان وجد بعضه مستحقاً بطل العقد فيه،وفي الباقي على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان كان له في ذمة رجل ديناراً فجعله سلما في طعام الى أجل لم يصح . قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وروي عن ابن عمر أنه قال : لا يصح لذلك وذلك لان المسلم فيه دين : فاذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح بالاجماع ، ولو قال أسلمت اليك في كر طعام وشرطا أن يعجل له منها خمسين ويؤجل خمسين لم يصح العقد في الكل في قول الخرقي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة بناء على تفريق الصفقة (والثاني) لا يصح وبه قال الشافعي وهو أصح لان للمعجل فضلا على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤخر والزيادة مجهولة فلا يصح

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه على وجهين)

وجملة ذلك أن هذه الاوصاف الستة التي ذكرناها لا يصح السلم إلا بها وقد دللنا على ذلك واختلفت الرواية في شرطين آخرين (أحدهما) معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم فاذا لم يكن معينا اشترط معرفة صفته كالمسلم فيه إلا أنه اذا أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الاطلاق اليه وقام مقام وصفه . فأما ان كان الثمن معينا فقال القاضي وأبو الخطاب لا بد من معرفة وصفه واحتجا بقول احمد يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ويصف الثمن فاعتبر ضبط صفته وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يملك اتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس المسلم فيه ليرد بدله كالقرض والشركة ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فينفسخ العقد في قدره فلا يدري في كم بقي وكم انفسخ . فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا التوهم معتبر ههنا لان الاصل عدم الجواز وانما جوز اذا وقع الامن من الغرر ولم يوجد ههنا بدليل ما اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنجة أو مكيال معين فانه لا يصح وظاهر كلام الخرقي انه لا يشترط لانه ذكر شرائط السلم ولم يذكره وهو احد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتج الى معرفة قدره كبيوع الاعيان وكلام احمد انما تناول غير المعين ولا خلاف في اعتبار اوصافه . ودليلهم ينتقض بعقد الاجارة وانه ينفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع اليقين الى معرفة الاوصاف . ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل او الموزون ولان العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الذي يعتبر صفاته لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان جعلاه سلما بطل العقد ، ويجب رده ان كان موجوداً وقيمته ان عرفت اذا كان معدوما

اختلفت الرواية في معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم ، فاذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته كالآخر إلا أنه إذا أطلق وفي البلد نقد واحد انصرف اليه وقام مقام وصفه ، وإن كان الثمن معينا فقال القاضي وابو الخطاب يشترط ذلك لان أحمد قال : يقول أسلمت اليك كذا و كذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يمكن اتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجبت معرفة رأس مال السلم فيه ليرد بدله كالقرض ، ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فينفسخ العقد في قدره فلا يعلم في كم بقي وكم انفسخ ؟ فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا الوهم ههنا معتبر لان الاصل عدم الجواز ، وانما جاز اذا وقع الامن من الغرر ولم يوجد ههنا بدليل ما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر السلم بصنجة بعينها وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط لانه لم يذكره في شروط السلم وهو أحد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتج الى معرفة قدره كبيوع الاعيان وكلام أحمد انما تناول غير المعين ولا خلاف في اعتبار أوصافه، ودليلهم ينتقض بعقد الاجارة فانه ينفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع التعين الى معرفة الاوصاف ، ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده . وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل والموزون ، ولان العقد قد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الاول لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يمكن ضبطه بالصفة كالجواهر وسائر مالا يجوز السلم فيه فان فعلا بطل العقد ويرده إن كان موجوداً وإلا رد قيمته، فان

فان اختلفا فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وهكذا ان حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ ، وان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في مائة مدي حنطة ، وقال الآخر في مائة مدي شعير تحالفا وتفاسخا به قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز اسلام أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والخرقي منع بيع العروض بعضها ببعض نساء فعلى قوله لا يجوز اسلام بعضها في بعض، وقال ابن أبي موسى لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا اوورقا، وقال القاضي وهو ظاهر كلام احمد ههنا قال ابن المنذر قيل لاحمد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يعجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً ، وهو قول أبي حنيفة لانها لا تثبت في الذمة الا ثمنا فلا تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأثمان قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير ، وهذا مذهب مالك والشافعي لانها تثبت في الذمة صداقا فتثبت سلما كالعروض ولانه لاربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح اسلام احدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ماقاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمنا . فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي الى كون الثمن هو المثمن، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن انما هو في الذمة وهذا عوض عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فحل المحل وهي

اختلفا في القيمة فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وكذلك ان حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ. فان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في كذا مدى حنطة ، وقال الآخر في كذا مدى شعير تحالفا وتفاسخا وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والذي ذكره الخرقي في أنه لا يجوز النساء في العروض وهي احدى الروايتين فعلى هذا لا يجوز اسلام بعضها في بعض . وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عيناً أو ورقا ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد ، قال ابن المنذر قيل لاحمد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن ؟ فلم يعجبه ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً وهو قول أبي حنيفة لانها لا تثبت في الذمة الا ثمنا فلا يجوز أن تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس المال عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأثمان ، قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير وهذا مذهب مالك والشافعي لانها تثبت في الذمة صداقا فتثبت في الذمة سلما كالعروض ولانه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح اسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ماقاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمنا فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي إلى كون الثمن هو المثمن ، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن انما هو في الذمة وهذا عوض

على صفة المسلم فيه فأحضرها فعلى احتمالين أيضاً (أحدهما) لا يصح لما ذكرنا ولانه يفضي الى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لانه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردها واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً لان الحيل كلها باطلة

(الشرط الثاني) المختلف فيه تعيين مكان الايفاء قال القاضي ليس بشرط وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء فدل على أنه لا يشترط، وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ولانه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الايفاء كبيوع الاعيان، وقال الثوري يشترط ذكر مكان الايفاء وهو القول الثاني للشافعي، وقال الاوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ان كان لحمله مؤنة وجب شرطه والا فلا يجب لانه اذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه، وقال ابن أبي موسى ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن وان لم يذكراه كان الايفاء في مكان العقد لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولا وان لم يكونا في برية

عنه، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فجاء المحل وهي على صفة المسلم فيه فأحضرها خرج فيها الوجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يفضي الى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لانه أحضر المسلم فيه على صفته، ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردها وللشافعي في هاتين المسئلتين وجهان كهذين، فان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً

(مسئلة) (وان أسلم ثمناً واحداً في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس)

يجوز أن يسلم ديناراً في قفيز حنطة وقفيز شعير فان لم يبين ثمن الحنطة من الشعير لم يصح وقال مالك يجوز وللشافعي قولان كالمذهبين لان كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيوع الاعيان. ولنا أن مايقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول، ولان فيه غرراً لأنا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما فلم ندر بكم يرجع؟ وهذا غرر يؤثر مثله في السلم، وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقد ذكرنا ثم وجها أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لانه في معناه، والجواز ههنا أولى لان العقد ثم اذا انفسخ لا يعلم مقدار ما يرجع به وههنا يرجع بقسطه من رأس مال السلم، ولانه لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد جاز في أظهر الوجهين وهذا مثله، ولانه لما جاز أن يسلم في شيء واحد الى أجلين ولا يبين ثمن كل منهما ينبغي أن يجوز ههنا. قال ابن أبي موسى: ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما في كر حنطة الا أن يبين حصة مالكل واحد منهما من الثمن، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر بعض السلم رجع بقسطه منهما، وان تعذر النصف رجع بالنصف، وان تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم

(فصل) قال رحمه الله تعالى (السابع أن يسلم في الذمة، فان أسلم في عين لم يصح)

اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره فان ذكره كان تأكيداً فكان حسناً فان شرط الايفاء في مكان سواء صح لانه عقد بيع فصح شرط ذكر الايفاء في غير مكانه كبيوع الاعيان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره فى مكان العقد، وذكر ابن ابي موسى رواية اخرى انه لا يصح لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه، وقال القاضي وابو الخطاب متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد او في غيره لان فيه غرراً لانه ربما تعذر تسليمه فى ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال واختاره ابو بكر، وهذا لا يصح فان فى تعيين المكان غرضاً ومصلحة لهما فأشبه تعيين الزمان وما ذكروه من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان ثم لا يخلو اما أن يكون مقتضى العقد التسليم فى مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نفيا للجهالة عنه وقطعاً للتنازع فالغرر فى تركه لا في ذكره، وفارق تعيين المكيال فانه لاحاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع

لانه ربما تلف قبل أو ان تسليمه فلم يصح كما لو شرط مكيالا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة، ولان المعين يمكن بيعه في الحال فلاحاجة الى السلم فيه

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط ذكر مكان الايفاء)

ذكره القاضي وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وطائفة من أهل الحديث، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء، ولو كان شرطا لذكره وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم إلى النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ولانه عقد معاوضة أشبه بيوع الاعيان، وقال الثوري يشترط وهو القول الثاني للشافعي وقال الأوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه يومئذ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي إن كان لحمله مؤنة وجب شرطه والا فلا لانه إذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه

﴿مسئلة﴾ (الا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه)

فيشترط ذكره لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولا

﴿مسئلة﴾ (ويكون الوفاء في موضع العقد)

إذا كانا في مكان يمكن الوفاء فيه اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره

﴿مسئلة﴾ (فان شرط الوفاء فيه كان تأكيداً)

وهو حسن لانه شرط مايقتضيه العقد أشبه ما لو شرط الحلول في ثمن المبيع

﴿مسئلة﴾ (وان شرطه في غيره صح)

لانه بيع فصح شرط الايفاء في غير مكانه كبيوع الاعيان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد (وعنه لا يصح) ذكرها ابن أبي موسى لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه، وقال القاضي وأبو الخطاب: متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال اختاره

وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع فالمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لشرط مكان الايفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسألة﴾ قال (وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد وكذلك الشركة فيه والتولية والحوالة به طعاما كان أو غيره)

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولانه مبيع لم يدخل فى ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه. وأما الشركة فيه والتولية فلا تجوز أيضا لانهما بيع على ما ذكرنا من قبل، وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي عن مالك جواز الشركة والتولية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وارخص فى الشركة والتولية

ولنا انها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع ولانهما نوعا بيع فلم يجوزا فى السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والخبر لا نعرفه وهو حجة لنا لانه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه

ابو بكر، ولنا أن في تعيين المكان غرضا ومصلحة لهما أشبه تعيين الزمان وبهذا يبطل ماذكروه، ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نفيا للجهالة عنه وقطعاً للتنازع فالغرر في تركه لا في ذكره، وتعيين المكان يفارق هذا فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع وفى مسئلتنا لا يفوت به شرط، ويقطع التنازع والمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لذكر مكان الايفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسألة﴾ (ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا هبته ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به)

لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بغير خلاف علمناه لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولانه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه وكذلك التولية والشركة وبهذا قال اكثر أهل العلم وحكي جواز الشركة والتولية عن مالك لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية وقياسا على الاقالة، ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يصح كما لو كان بلفظ البيع ولانهما نوعا بيع فلا يجوز فيه السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والحديث لا نعرفه وهو حجة لنا لانه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية بيع فيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على أنه أرخص فيهما في الجملة لا في هذا الموضع، وأما الاقالة فانها فسخ وليست بيعاً وأما أخذ غيره مكانه فهو أن يأخذ غير المسلم فيه عوضا عن المسلم فيه وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوما وسواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو اكثر، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وذكر ابن أبي موسى رواية فيمن أسلم في بر فعدمه عند المحل فرضي أن يأخذ شعيراً مثله جاز وذلك محمول على أن البر والشعير جنس والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره إلا الطعام، وقال ابن المنذر وقد ثبت أن ابن عباس قال: إذا أسلمت في شيء الى أجل فان أخذت ما أسلفت فيه وإلا

والشركة والتولية بيع فيدخلان فى النهي ويحمل قوله وأرخص فى الشركة والتولية على انه أرخص فيهما فى الجملة لا في هذا الموضع ،واما الاقالة فانها فسخ وليست بيعاً ، واما الحوالة به فغير جائزة لان الحواله انما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولانه نقل للملك فى المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع ، ومعنى الحوالة به ان يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض او سلم آخر او بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم فلا يجوز ، وان احال المسلم اليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح ايضاً لانه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع ،واما بيع المسلم فيه من بائعه فهو ان يأخذ غير ما اسلم فيه عوضا عن المسلم فيه فهذا حرام سواء كان المسلم فيه موجوداً او معدوما سواء كان العرض مثل المسلم فيه فى القيمة او اقل او اكثر وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وذكر ابن ابي موسى عن احمد رواية اخرى فيمن اسلم فى بر فعدمه عند المحل فرضي المسلم باخذ الشعير مكان البر جاز ولم يجز اكثر من ذلك وهذا يحمل على الرواية التي فيها ان البر والشعير جنس واحد والصحيح فى المذهب خلافه وقال مالك يجوز ان يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره الا الطعام

نخذ عوضا أنقص منه ولا تربح مرتين رواه سعيد في سننه . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يجز كبيعه لغيره

(فصل) ولا تجوز الحوالة به لانها انما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولانه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع ، ومعنى الحوالة أن يكون لرجل سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي عنده السلم فلا يجوز وان أحال المسلم اليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع .

‹مسئلة› (ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ولا يجوز لغيره)

لحديث ابن عمر : كنا نبيع الابعرة بالبقيع بالدنانير ونأخذ عوضها الدراهم وبالدراهم ونأخذ عوضها الدنانير فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» فقد دل الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر وغيره مقاس عليه ودل على اشتراط القبض في المجلس قوله « إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» وفي ذلك اختلاف ذكرناه في الصرف وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بيعه لمن هو في ذمته كما لا يصح في السلم ،والاول أولى فان اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين ، وان أعطاه معيناً مما يشترط فيه التقابض مثل ان أعطاه عوض الحنطة شعيراً جاز ولم يجز التفرق قبل القبض وان أعطاه معينا لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل أن لا يجوز لان المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وان باع الدين لغير من هو في ذمته لم يصح ، وبه قال ابو حنيفة والثوري واسحاق قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة وإذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عوضا بمالك عليه ، وقال الشافعي

قال ابن المنذر وقد ثبت ان ابن عباس قال اذا اسلم في شيء الى اجل فان اخذت ما اسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً انقص منه ولا تربح مرتين، رواه سعيد في سننه

ولنا قول النبي ﷺ «من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» رواه ابو داود وابن ماجه، ولان اخذ العوض عن المسلم فيه بيع فلم يجز كبيعه من غيره، فاما ان اعطاه من جنس ما اسلم فيه خيراً منه او دونه في الصفات جاز لان ذلك ليس ببيع إنما هو قضاء للحق مع تفضل من احدهما.

(فصل) فاما الاقالة في المسلم فيه فجائزة لانها فسخ، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الاقالة في جميع ما اسلم فيه جائزة، لان الاقالة فسخ للعقد ورفع له من اصله وليست بيعا. قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني منه على ثمنه جاز وكانت اقالة صحيحة فاما الاقالة في بعض المسلم فيه فاختلف عن احمد فيها فروي عنه انها لا تجوز وروين كراهتها عن ابن عمر وسعيد ابن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن ابي ليلى واسحاق، وروى حنبل عن احمد انه قال لا بأس بها وروي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي والنعمان واصحابه وابن المنذر ولان الاقالة مندوب اليها وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالابراء والانظار، ووجه الرواية الاولى ان السلف فى الغالب يزاد فيه فى الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ويخرج عليه الابراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

ان كان الدين على معسر أو مماطل لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه وان كان على مليء باذل له ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته، ويشترط أن يشترى بعين أو يتقابضا في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين. ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق والطير في الهواء

(مسئلة) ويجوز الاقالة فى السلم ويجوز في بعضه في أحد الوجهين اذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الاقالة)

الاقالة في السلم جائزة لانها فسخ قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الاقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة، ولان الاقالة فسخ للعقد وقع من أصله وليست بيعا، قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني على ثمنه جاز لانه أقاله. فاما الاقالة في بعض السلم فاختلفت الرواية فيها فروي عنه أنها لا تجوز وقد رويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن أبي ليلى واسحاق، وروى حنبل عن أحمد أنه قال: لا بأس بها. روي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وابن المنذر لان كل معروف جاز فى الجميع جاز في البعض كالابراء والانظار ووجه الرواية الاولى أن السلف فى الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل فاذا اقاله فى البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجز كما لو شرط ذلك في ابتداء العقد، ويخرج الابراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

(فصل) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً أو مثله ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا فان أراد أن يعطيه عوضاً عنه فقال الشريف أبو جعفر ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري، وقال القاضي ابو يعلى يجوز اخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لانه عوض مستقر في الذمة فجاز اخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً، ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد فجاز اخذ العوض عنه كالثمن في المبيع اذا فسخ والمسلم فيه مضمون بالعقد وهذا مضمون بعد فسخه والخبر اراد به المسلم فيه فلم يتناول هذا فان قلنا بهذا فحكمه حكم مالو كان قرضاً او ثمناً فى بيوع الاعيان لا يجوز جعله سلما في شيء آخر لانه يكون بيع دين بدين، ويجوز فيه ما يجوز في القرض واثمان البياعات اذا فسخت

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس)

صورة ذلك ان يسلم ديناراً واحداً في قفيز حنطة وقفيز شعير ولا يبين ثمن الحنطة من الدينار ولا ثمن الشعير فلا يصح ذلك وجوزه مالك، وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان كل عقد جاز على جنسين فى عقدين جاز عليهما فى عقد واحد كبيوع الاعيان وكما لو بين ثمن احدهما. ولنا ان ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ولان فيه غرراً لانا لا نأمن الفسخ بتعذر احدهما فلا يعرف بم يرجع وهذا غرر اثر مثله في السلم. وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقدره. وقد ذكرنا ثم وجها آخر انه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لانه في معناه ولانه لما جاز ان

(فصل) واذا اقاله رد الثمن إن كان باقياً والا رد مثله ان كان مثلياً او قيمته ان لم يكن مثليا ويشترط رده فى المجلس كما يشترط فى السلم

(مسئلة) (وان انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ من الثمن عوضاً من غير جنسه)

متى أراد ان يعطيه عوضاً عن الثمن فقال الشريف ابو جعفر لا يجوز له صرف ذلك الثمن فى عقد آخر حتى يقبضه، وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلف فى شيء فلا يصرفه الى غيره» ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان فى يد المشتري ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز اخذ عوضه كالمسلم فيه، وقال القاضي ابو يعلى: يجوز اخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لانه عوض مستقر فى الذمة فجاز اخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد فجاز اخذ العوض عنه كالثمن فى المبيع، والفرق بين المسلم فيه والثمن ان المسلم فيه مضمون بالعقد والثمن مضمون بعد فسخه والخبر اريد به المسلم فيه فان قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان فى قرض أو ثمناً فى بيوع الاعيان لا يجوز ان يجعل سلما فى شيء آخر لانه بيع دين بدين، ويجوز فيه ما يجوز فى القرض واثمان البياعات اذا فسخت ويأخذ احد النقدين عن الآخر ويقبضه في مجلس الاقالة لانه صرف

(مسئلة) (واذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمي لنفسك لم يصح قبضه لنفسه) لان قبضه لنفسه حوالة به والحوالة بالسلم لا تجوز وهل يقطع قبضه للآمر؟ على روايتين (إحداهما)

يسلم في شيء واحد الى اجلين ولا يبين ثمن كل واحد منهما كذا ههنا ، قال ابن ابي موسى ولا يجوز ان يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما في كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما ان تعذر النصف رجع بنصفهما، وإن تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم

(مسألة) قال (واذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز)

قال الاثرم قلت لأبي عبد الله : الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم اذاً ؟ فقلت نعم قال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين فيه قولان (أحدهما) لا يصح لان ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز ، ولنا ان كل بيع جاز في أجل واحد جاز في أجلين وآجال كبيوع الاعيان فاذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا عن المقبوض لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسألة) قال (واذا لم يكن السلم فيه كالحديد والرصاص وما لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه لم يكن عليه قبضه قبل محله)

يعني بالسلم المسلم فيه سمي باسم المصدر كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا ، قال ابراهيم خذ سلمك أو دون سلمك ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال (احدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله لانه أتاه بحقه في محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن فان أبى قيل له إما أن تقبض حقك وأما ان تبريء منه فان امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه للمسلم وبرئت ذمته منه لان الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته وليس له أن يبريء لانه لا يملك الابراء

يصح لانه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله وكما لو نوى المأمور القبض للآمر (والثانية) لا يصح لانه لم يجعله نائبا في القبض فلم يقع بخلاف الوكيل فصار كالقابض بغير اذن فاذا قلنا لا يصح القبض بقي على ملك المسلم اليه ، ولو قال الاول للثاني احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثاني وهل يكون قابضا لنفسه ؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضا لنفسه لان قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا اذا قبضه للآخر صح

(مسألة) (وان قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح لانه استنابه في قبضه له فصح كما لو لم يقل ثم اقبضه لنفسك واذا وقع القبض للآمر ملكه وقبضه ثانية فجاز ان يقبضه لنفسه كما لو كان في يد غيره وكذلك ان قال الآمر أحضرنا حتى اكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت صح)

(مسألة) وان قال أنا أقبضه لنفسي وحده بالكيل الذي يشاهده جاز في احدى

(الحال الثاني) أن يأتي به قبل محله فينظر فيه فان كان مما في قبضه قبل محله ضرراً مالكونه مما يتغير كالفاكهة والاطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله لان له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو أطعامه في ذلك الوقت، وكذلك الحيوان لانه لا يامن تلفه ويحتاج الى الانفاق عليه الى ذلك الوقت وربما يحتاج اليه في ذلك الوقت دون ما قبله وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه الى مؤنة كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفا يخشى نهب ما يقبضه فلا يلزمه الاخذ في هذه الاحوال كلها لان عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فجرى مجرى نقص صفة فيه، وان كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لايتغير كالحديد والرصاص والنحاس فانه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعسل ولا في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لان غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل (الحال الثالث) أن يحضره بعد محل الوجوب فحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما

(فصل) ولا يخلو اما أن يحضر المسلم فيه على صفته أو دونها أو اجود منها فان أحضره على صفته لزم قبوله لانه حقه وان أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله لان فيه اسقاط حقه فان تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وان كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم، وان اتفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئاً لم يجز لانه أفرد صفة الجودة بالبيع وذلك لا يجوز ولان بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع وصفه أولى (الثالث) أن يحضره أجود من الموصوف فينظر فيه فان أتاه به من نوعه لزمه قبوله لانه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينفعه ولا يضره اذ لا يفوته غرض فان أتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله لان العقد تناول ماوصفاه على الصفة التي شرطاها وقد فات بعض الصفات فان النوع صفة وقد فات فأشبه مالو فات غيره من الصفات، وقال القاضي يلزمه قبوله لانهما جنس واحد يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فأشبه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع. والاول أجود لان احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر فاذا فوته عليه فوت عليه الغرض المتعلق به فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة

الروايتين لانه علمه وشهد كيله والثانية لا يجوز، وهو مذهب الشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ولم يوجد ذلك ولانه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافا

(مسئلة) وان اكتاله وتركه في المكيال وسلمه الى غريمه فقبضه صح القبض لهما لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه فلا معنى لابتداء الكيل ههنا لانه لا يحصل به زيادة علم، وقال الشافعي لا يصح للحديث الذي ذكرنا في المسألة قبلها وهذا يمكن القول بموجبه لان قبض المشتري له جري لصاعه فيه

(فصل) وان دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشتر لك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لان دراهم زيد لا تكون عوضا لعمرو فان اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي، وان قال اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وان قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل نص عليه، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لانه لا يجوز أن يكون قابضا من نفسه لنفسه

ولنا أنه يجوز أن يشتري من مال ولده ويبيعه ويقبض لنفسه من نفسه ولولده من نفسه وكذلك

الجودة وهذا مذهب الشافعي . فان تراضيا على اخذ النوع بدلا عن النوع الآخر جاز لانهما جنس واحد لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا ويضم احدهما الى الآخر في الزكاة فجاز اخذ احدهما عن الآخر كالنوع الواحد ، وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز له اخذه للمعنى الذي منع لزوم اخذه ، وقال ابراهيم لا تأخذ فوق سلمك في كيل ولا صفة . ولنا انهما تراضيا على دفع المسلم فيه من جنسه فجاز كما لو تراضيا على دفع الرديء مكان الجيد او الجيد مكان الرديء وبهذا ينتقض ما ذكروه فانه لا يلزم أخذ الرديء ويجوز اخذه ولان المسلم اسقط حقه من النوع فلم يبق بينهما الا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها

(فصل) اذا جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح . وقال أبو حنيفة يصح كما لو اسلم في عشرة فجاءه بأحد عشر ، ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا فان جاءه بزيادة في القدر فقال خذه وزدني درهما ففعلا صح لان الزيادة ههنا يجوز افرادها بالعقد

(فصل) وليس له إلا اقل ما تقع عليه الصفة لانه إذا اسلم اليه ذلك فقد سلم اليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه ، وعليه أن يسلم اليه الحنطة نقية من التبن والقصل والشعير ونحوه مما لا يتناوله اسم الحنطة وان كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز وان كان يسيراً لا يؤثر في المكيال ولا يعيبها لزمه أخذه . ولا يلزمه أخذ التمر الا جافا ولا يلزم أن يتناهى جفافه لانه يقع عليه الاسم، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال . ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيباً فله المطالبة بالبدل أو الارش كالمبيع سواء

(فصل) ولا يقبض المكيل الا بالكيل ولا الموزون الا بالوزن ولا يقبضه جزافا ، ولا بغير ما يقدر به لان الكيل والوزن يختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا فيقدره بما أسلم فيه ويأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالعوض وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره؟ على وجهين مضى ذكرهما في بيوع الاعيان ، وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه قال القاضي ويسلم اليه ملء المكيال وما يحمله ولا يكون ممسوحا ولا يدق ولا يهز لان قوله أسلمت اليك في قفيز يقتضي ما يسعه المكيال وما يحمله وهو ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز أن يأخذ رهنا ولا كفيلا من المسلم اليه)

لو وهب ولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا

﴿مسئلة﴾ (وان قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله في قدره) لا يقبض ما أسلم فيه كيلا الا بالكيل ولا وزنا الا بالوزن ولا بغير ما قدر به وقت العقد لان الكيل والوزن يختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ومتى قبضه جزافا فانه يأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالنقص إن نقص وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن نعتبره على وجهين مضى ذكرهما في كتاب البيع وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه لانه أعلم بكيله ولانه منكر للزائد والقول قول المنكر

﴿مسئلة﴾ (وان قبضه كيلا أو وزنا ثم ادعى غلطا لم يقبل قوله في أحد الوجهين) لان الاصل عدم الغلط والآخر يقبل لانه أعلم بكيل ما قبض يعني اذا كاله فوجده ناقصا .

﴿مسئلة﴾ (وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو اختيار الخرقي وأبي بكر ، ورويت كراهة ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي ، وروى حنبل جوازه ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنو اذا تداينتم بدين) الى قوله (فرهان مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولان اللفظ عام فيدخل السلم في عمومه ولانه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الاعيان ، ووجه الاول ان الرهن والضمين ان أخذا برأس مال السلم فقد أخذا بما ليس بواجب ولا مآله الى الوجوب لان ذلك قد ملكه المسلم اليه ، وان أخذا بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن ولانه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه ، وقد قال النبي ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ولانه يقيم مافي ذمة الضامن مقام مافي ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه وهذا لايجوز

(فصل) فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن ، وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بعوض . ولو أقرضه الفاً وأخذ به رهنا ثم صالحه من الالف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة و بقي الطعام في الذمة ، ويشترط قبضه في

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو الذي ذكره الخرقي واختاره أبو بكر ورويت كراهته عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي ، وروى حنبل جوازه وهو قول عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين ـ الى قوله ـ مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولان اللفظ عام فيدخل فيه السلم ولانه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الاعيان . ووجه الاولى أن الرهن والضمين ان أخذ برأس مال السام فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ما مآله الى الوجوب لان المسلم اليه قد ملكه وان أخذ بالمسلم فيه فالرهن انما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ولا من ذمة الضامن ولانه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفيا لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ولانه يقيم ما في ذمة الضامن مقام مافي ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه ولا يجوز ذلك

(فصل) فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بعوض ، ولو أقرضه الفا واخذ به رهنا ثم صالحه عن الالف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقي الطعام في الذمة ويشترط قبضه في المجلس

المجلس كيلا يكون بيع دين بدين ، فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الالف الى ذمته برهنه لانه يعود على ماكان عليه كالعصير اذا تخمر ثم عاد خلا وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم مثل ما بينا في هذه المسئلة

(فصل) واذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا . وان قال خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء ، فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ماسلطه المسلم اليه في التصرف فيه وان أتلفه فعليه ضمانه لانه قبضه على ذلك ،وان صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لان هذا إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه ،وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا اقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح لانه بيع المسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والاجرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض وارش الجنايات وقيم المتلفات ، ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب بعد ولا يعلم افضاؤها إلى الوجوب فانهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم فلا يصح أخذ الرهن بها ، فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها لأنها قد استقرت في ذمتهم ، ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل ، ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل في الجعالة

كيلا يكون بيع دين بدين فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الالف الى ذمته برهنه لانه يعود الى ماكان عليه كالعصير إذا تخمر ثم عاد خلا . وكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم على ما بينا في هذه المسألة

(فصل) وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه إلى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا وان قال خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح وكان قبضا فاسداً مضموناً عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ما سلطه المسلم اليه في التصرف فيه وان تلف فعليه ضمانه لانه قبضه على ذلك وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لانه إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا إقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح لانه بيع للمسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والاجرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض واروش الجنايات وقيم المتلفات ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ما ماله الى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب بعد ولم يعلم افضاؤها إلى الوجوب لانها قد تسقط بالجنون أو الفقر أو الموت فلم يصح أخذ الرهن بها ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل . فاما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها لانها قد استقرت . ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل في الجعالة قبل العمل لانه

قبل العمل لانه لم يجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضي يحتمل أخذ الرهن به لان مآله الى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات ، والاولى أولى لان افضاءها إلى الوجوب محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعبد تعجيز نفسه ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لأنها جعالة ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير المخرج وهذا غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي إجارة أو جعالة ؟ فان قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها . وقال القاضي ان لم يكن فيها محلل فهي جعالة وان كان فيها محلل فعلى وجهين وهذا كله بعيد لان الجعل ليس هو في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لافائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم تكن اجارة مع عدم المحلل فمع وجوده أولى لان مستحق الجعل هو السابق وهو غير معين ولا يجوز استئجار رجل غير معين . ثم لو كانت اجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الآبق واللقطة ،ولايجوز أخذالرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاجرة المعينة في الاجارة والمعقود عليه في الاجارة إذا كان منافع معينة مثل اجارة الدار والعبد المعين والجمل المعين مدة معلومة أو لحمل شيء معين الى مكان معلوم لان

لم يجب ولا يعلم افضاؤه الى الوجوب ويحتمل جواز أخذ الرهن به ذكره القاضي لان مآله إلى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات والاولى أولى لان افضاءها محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعبد تعجيز نفسه ولايمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لايمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولايجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لانها جعالة لايعلم افضاؤها الى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير المخرج وهو غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي اجارة أو جعالة ؟ فان قلنا هي اجارة جاز أخذ الرهن بعوضها وقال القاضي ان لم يكن فيها محلل فهي جعالة وان كان فيها محلل فعلى وجهين وهذا كله بعيد لان الجعل ليس في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لافائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم يكن اجارة مع عدم المحلل فمع وجوده أولى لان مستحق الجعل هو السابق وهو غير معين فلا يجوز استئجار رجل غير معين ثم لوكانت اجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم افضاؤها الى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الآبق ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاجرة المعينة في الاجارة والمعقود عليه في الاجارة إذا كان منافع معينة كاجارة الدار والعبد المعين والدابة المعينة مدة معلومة أو لحمل شيء معين الى مكان معلوم لان هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة

هذا حق تعلق بالدين لا بالذمة ولا يمكن استيفاؤه أحق من الرهن لان منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين ، وان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالمغصوب والعوارى والمقبوض ببيع فاسد والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لان الحق غير ثابت في الذمة فأشبه ما ذكرنا ولانه ان رهنه على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وان أخذ الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتعينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالمبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد لان مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على أدائها وان تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ماجاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء . عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها . والكتابة لا يصح الرهن بدينها وفي ضمانها روايتان . وما لم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه اذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي الفاً فكأنه ماقبض

ولا يمكن استيفاؤه من الرهن لان منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين فاما ان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالمغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لان الحق غير ثابت في الذمة أشبه ماذكرنا ، ولانه ان رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ماليس بواجب ولا يعلم افضاؤه الى الوجوب ، وان كان الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتعينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد مايضمن بمثله أو قيمته كالمبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد ، ولان مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على ادائها ، وان تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به الا ثلاثة أشياء عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها . والكتابة لا يصح الرهن بدينها ويصح ضمانها في إحدى الروايتين . وما لا يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه إذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي

الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن اوبقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا (الثاني) أن ضرر الرهن يعم لانه يدوم بقاؤه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) إذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك ، وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك، وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته لانها مثبتة والاخرى نافية

باب القرض

والقرض نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع أما السنة فروى أبو رافع ان النبي ﷺ استسلف من رجل بكرا فقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال يارسول الله لم أجد فيها الا خياراً رباعياً فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « مامن مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت ياجبريل مابال القرض أفضل من الصدقة ؟

الفاً فكانه ماقبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن وابقاء الكتابة ويستريح والضمان بخلاف هذا (والثاني) أن ضرر الرهن يعم لانه يدوم بقاؤه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) واذا اختلف المسلم والمسلم إليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر ، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق . وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد . وان أقام كل واحد بينة بما ادعاه قدمت أيضاً بينته لانها مثبتة بخلاف الاخرى .

﴿ باب القرض ﴾

وهو نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع ، أما السنة فروي أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً فقدمت على النبي ﷺ ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال يارسول الله لم أجد فيها الا خياراً رباعيا ، فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل مابال القرض أفضل

قال لان السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لايستقرض الا من حاجة » رواهما ابن ماجه ، واجمع المسلمون على جواز القرض

(فصل) والقرض مندوب اليه في حق المقرض مباح للمقترض لما روينا من الاحاديث ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » وعن أبي الدرداء أنه قال لان أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما . ولان فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعونا له فكان مندوبا اليه كالصدقة عليه وليس بواجب قال أحمد لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض وذلك لانه من المعروف فأشبه صدقة التطوع وليس بمكروه في حق المقرض قال أحمد: ليس القرض من المسئلة يعني ليس بمكروه وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستقرض بدليل حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه، ولانه إنما يأخذه بعوضه فأشبه الشراء بدين في ذمته قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده يعني ما لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا أن يكون الشيء اليسير الذي لا يتعذر رد مثله قال أحمد . اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبني ، وقال : ما أحب أن يقترض بجاهه لاخوانه قال القاضي يعني اذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء لكونه تغريراً بمال المقرض واضراراً به اما اذا كان معروفا بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفريجا لكربته

(فصل) ولا يصح إلا من جائز التصرف لانه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الايجاب والقبول حكم البيع على ما مضى ، ويصح بلفظ السلف والقرض لورود

من الصدقة ؟قال « لان السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة» رواهما ابن ماجه وأجمع المسلمون على جواز القرض

(مسئلة) (وهو من المرافق المندوب اليها في حق المقرض)

لما روينا من الاحاديث ولما روي عن أبي الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب الي من أن أتصدق بهما . ولأن فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته فكان مندوبا اليه كالصدقة وليس بواجب قال أحمد لا اثم على من سئل فلم يقرض وذلك لانه من المعروف أشبه صدقة التطوع وهو مباح للمقترض وليس مكروها . قال أحمد ليس القرض من المسئلة يريد أنه لا يكره لان النبي ﷺ كان يستقرض وقد ذكرنا حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه ، قال ابن ابي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ماليس عنده يريد مالا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم المقرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا الشيء اليسير الذي لا يتعذر مثله ، وقال أحمد اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبني وقال ما أحب أن يقترض بجاهه لاخوانه ، قال القاضي : اذا كان من يقترض له غيره معروف بالوفاء لكونه تغريراً بمال المقرض واضراراً به ، وأما اذا كان معروفا بالوفاء لم يكره لكونه اعانة له وتفريجا لكربته

(فصل) ولا يصح الا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الايجاب والقبول على مامضى ويصح بلفظ السلم والقرض لورود الشرع بهما وبكل لفظ يؤدي معناهما نحو قوله ملكتك هذا على أن ترد

الشرع بها ، وبكل لفظ يؤدي معناها مثل أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علي بدله أو توجد قرينة دالة على ارادة القرض فان قال ملكتك ولم يذكر البدل ولا وجد ما يدل عليه فهو هبة فان اختلفا فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه لان التمليك من غير عوض هبة

(فصل) ولا يثبت فيه خيار مالان المقرض دخل على بصيرة ان الحظ لغيره فأشبه الهبة والمقترض متى شاء رده فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له ، ويثبت الملك في القرض بالقبض وهو عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لان كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه اذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية

ولنا أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع ، ويفارق المغصوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنهما ولانه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما ، وفي مسئلتنا بخلافه ، فأما المقترض فله رد ما اقترضه على المقرض اذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب لانه على صفة حقه فلزمه قبوله كالمسلم فيه وكما لو أعطاه غيره ، ويحتمل ان لا يلزم المقرض قبول ما ليس بمثلي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالمبيع

(فصل) وللمقرض المطالبة ببدله في الحال لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فاوجبه حالا كالاتلاف ، ولو اقرضه تفاريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبه مالو باعه بيوعا حالة ثم طالبه بثمنها جملة ، وان أجل القرض لم يتأجل وكان حالا وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلا بتأجيله وبهذا قال الحارث العكلي والاوزاعي وابن المنذر والشافعي وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فملكا الزيادة فيه كخيار المجلس وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا، وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما لان الاجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقية الاعواض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها . ولنا ان الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع منه ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو اعاره شيئاً ، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ، ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به مما اختلفا فيه لانه مثله . ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض ، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا ، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل انه يجزيء فيه القبض لما يشترط قبضه والتعين لما في الذمة

علي بدله أو توجد قرينة دالة على ارادته وإن لم يذكر البدل ولم توجد قرينة فهو هبة. فان اختلفا فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه لان التمليك من غير عوض هبة ولا يثبت فيه خيار لان المقرض دخل على بصيرة ان الحظ لغيره والمقترض متى شاء رده وذلك يغنيه عن ثبوت الخيار

(مسئلة) (ويصح في كل عين يجوز بيعها الا بني آدم والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيهما)

يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة

(فصل) ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل مايثبت في الذمة سلما سوى بني آدم ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض غير المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا ان النبي ﷺ استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ولان ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ،وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فان عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوباً ثبت في ذمته مثله و يجوز الصلح عنه با كثر من قيمته فأما مالا يثبت في الذمة سلما كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لان مالا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز قرضها لان القرض يقتضي رد المثل وهذه لا مثل لها ، ولانه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبت في الذمة سلما فوجب ابقاؤها على المنع ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فاذا قلنا الواجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلما لتعذر رد مثلها ، وان قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لامكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهية تنزيه ، ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم فلا يصح قرضهم . اختاره القاضي لانه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لان الملك بالقرض ضعيف فانه لا يمنعه من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالملك في مدة الخيار ، واذا لم يبح

سلما غير بني آدم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ، ولان ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ، وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فان عند أبي حنيفة لو أتلف ثوبا ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته ، فأما مالا يثبت في الذمة سلما كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لان مالا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز لان القرض يقتضي رد المثل وليس لها مثل، ولانه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ولا تثبت في الذمة سلما فيجب ابقاؤها على المنع ، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فاذا قلنا يجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر ولا مالا يثبت في الذمة سلما لتعذر رد مثلها وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لامكان رد القيمة ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهة التنزيه ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي الا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لان الملك بالقرض

الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ، ولان الابضاع مما يحتاط لها ، ولو ابحنا قرضهن أفضى إلى ان الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ، ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده . ولنا انه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيدوالاماءكسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقترض ردها ممنوع فاننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الامة وانما يرد قيمتها، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها ، وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع ، وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجواري كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ماعرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فان أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز

(فصل) واذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لان القرض فيها يوجب رد المثل فاذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز لذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم في مثل ذلك ، وقال الامام أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مسماة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته، فكرهه اذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكنه رد مثله ، وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً

ضعيف فانه لا يمنعها من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالملك في مدة الخيار ، واذا لم يبح الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ولان الابضاع مما يحتاط لها ولو أبحنا قرضهن افضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده

ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والامة كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقترض ردها ممنوع فاننا إذا قلنا الواجب رد القيمة لا يملك المقترض رد الامة وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك، لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ،ولو ثبت أن القرض ضعيف لايبيح الوطء لم يمنع منه في الجواري كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فان اكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز .

(فصل) ولو اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لان القرض فيها يوجب رد المثل فاذا لم يعرف القدر لم يمكن القضاء وكذلك لو اقترض مكيلا او موزونا جزافا لم يجز كذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم وقد قال أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مسماة فاحتاج بعضهم الى أن يستقي في غير نوبته

فاستقرض عدداً رد عدداً وان استقرض وزناً رد وزناً وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي، واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً واعطاه بالبصرة عدداً لانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبه مالو كانوا يتعاملون بها وزنا فرد وزنا

(فصل) ويجب رد المثل في المكيل والموزون لا نعلم فيه خلافا، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وان للمسلف أخذ ذلك ولان المكيل والموزون يضمن في الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا، فأما غير المكيل والموزون ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته يوم القرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال

فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته فكرهه إذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكن رد مثله وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً جاز قرضها عدداً ويرد عدداً وان استقرض وزنا رد وزنا، وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً ولانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فاشبه مالو كانوا يتعاملون بالوزن فاقترض وزنا ورده وزنا

﴿مسئلة﴾ (ويثبت الملك فيه بالقبض) لانه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه كالهبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يملك المقرض استرجاعه)

وجملة ذلك ان القرض عقد لازم من جهة المقرض جائز في حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك، وقال الشافعي له ذلك لان كل مايملك المطالبة بمثله يملك أخذه إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية، ولنا أنه زال ملكه عنه بعقد لازم من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع ويفارق المغصوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنهما ولانه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما وفي مسئلتنا بخلافه

﴿مسئلة﴾ (وله طلب بدله في الحال)

لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالا كالاتلاف ولو أقرضه تفاريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبه ما لو باعه بيوعا حالة ثم طالبه بثمنها جملة وان أجل القرض لم يتأجل وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلا بتأجيله، وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون عند شروطهم» ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فملكا الزيادة فيه كخيار المجلس، وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما لان الاجل يقتضي جزءاً من المعوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف يجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقية الاعواض يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها، ولنا أن الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به ما اختلفنا فيه لانه مثله، ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجري القبض لما يشترط قبضه والتعيين لما في الذمة

﴿مسئلة﴾ (فان رده المقترض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوسا أو مكسرة فيحرمها

الاتلاف والغصب (والثاني) يجب رد مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكراً فرد مثله. ويخالف الاتلاف فانه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لانها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل انما توجد في المكيل والموزون فان تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل لان القيمة ثبتت في ذمته حينئذ ، واذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لانها حينئذ ثبتت في ذمته

السلطان فيكون له القيمة وقت القرض)

يجوز للمقترض رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ويلزم المقرض قبوله لانه على صفة حقه أشبه ما لو أعطاه غيره وقياساً على المسلم فيه وسواء تغير سعره أو لم يتغير ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول غير المثلي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالبيع

(فصل) فان تعيب أو تغير لم يجب قبوله لان عليه في قبوله ضرراً لانه دون حقه فأشبه ما لو نقص وكذلك ان كان القرض فلوساً أو مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها لانه كالعيب فلا يلزمه قبولها ويكون له قيمتها وقت القرض سواء كانت باقية أو استهلكها نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة فقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه ؟ وسواء نقصت قيمتها قليلا أو كثيراً وذكر أبو بكر في التنبيه أنه يكون له قيمتها وقت فسدت وتركت المعاملة بها لانه كان يلزمه رد مثلها ما دامت نافعة فاذا فسدت انتقل الى قيمتها حينئذ كما لو عدم المثل . قال القاضي هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما إن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث والشافعي ليس له إلا مثل ما أقرضه لان ذلك ليس بعيب حدث فيها فجرى مجرى رخص سعرها

ولنا أن تحريم السلطان منع انفاقها وأبطل ماليتها فاشبه كسرها أو تلف أجزائها واما رخص السعر فلايمنع سواء كان قليلا أو كثيرا لانه لم يحدث فيها شيء انما تغير السعر فاشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت وكذلك يخرج في المغشوشة إذا حرمها السلطان

﴿مسألة﴾ (ويجب رد المثل في المكيل والموزون والقيمة في الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان)

لا نعلم خلافا في وجوب رد المثل في المكيل والموزون ، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وأن للمسلف أخذ ذلك ولان المكيل والموزون يضمن في الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا فان أعوز المثل لزمته قيمته يوم الاعواز لانها حينئذ تثبت في الذمة ويرد القيمة في الجواهر ونحوها إذا قلنا بجواز قرضها لانها من ذوات القيم ولا مثل لها لانها لا تنضبط وفيما سوى ذلك وجهان (أحدهما) يرد القيمة لان ما أوجب المثل في المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل له كالاتلاف (والثاني) يجب رد مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكراً فرد مثله ولان ما ثبت في الذمة في السلم ثبت في القرض كالمثلي ويخالف الاتلاف فانه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لأنها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسيئة فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل إنما توجد في المكيل والموزون فان تعذر المثل فعليه قيمته يوم التعذر وإذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لأنها حينئذ تثبت في الذمة ،

(فصل) ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة . ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات ، وإذا اقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز وان أخذه عدداً فرده عدداً فقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لايجوز لانه موزون أشبه سائر الموزونات (والثانية) يجوز . قال ابن أبي موسى إذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا يحتاج الى الوزن والوزن أحب الي . ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قلت يارسول الله إن الجيران يستقرضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال « لا بأس ان ذلك من مرافق الناس لايراد به الفضل » ذكره أبو بكر في الشافي باسناده وفيه أيضاً باسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير فقال سبحان الله إنما هذا من مكارم الاخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك ولان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجرة والركوب في سفينة الملاح وأشباه هذا ، فان شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود أو اعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لان الاصل تحريم ذلك وانما أبيح لمشقة إمكان التحرز منه فاذا قصد أوشرط أو افردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الاصل كما لو فعل ذلك في غيره

(مسئلة) (ويثبت العوض فى الذمة حالا وان أجله)

لان التأجيل فى الحال عدة وتبرع فلم يلزم الوفاء به وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى وينبغي أن يفي له بما وعده .

(مسئلة) (ويجوز شرط الرهن والضمين به) لان النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لاهله متفق عليه .

(فصل) ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة ، ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات وإذا أقرض بالوزن رد المقترض مثله بالوزن وان استقرضه عدداً رده عددا وقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لايجوز كسائر الموزونات (والثانية) يجوز وقال ابن أبي موسى إذا كان يتحري ان يكون مثلا بمثل فلايحتاج الى وزن والوزن أحب إلي، ووجه الجواز ماروت عائشة قالت قلت يارسول الله ان الجيران يقترضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال «لا باس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » رواه أبو بكر في الشافي باسناده وروي أيضاً باسناده عن معاذ بن جبل انه سئل عن استقراض الخبز والخمير فقال «سبحان الله انما هذا من مكارم الاخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك .ولان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فأشبه دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح من غير تقدير أجرة فان شرط أن يعطيه اكثر مما أقرضه أوأجود كان ذلك حراما وكذلك ان أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لان الاصل تحريم ذلك وانما أبيح لمشقة امكان التحرز منه فاذا قصد أوشرط او افردت الزيادة فقد امكن التحرز منه فحرم بحكم الاصل كما لوفعل ذلك في غيره

(فصل) وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فاسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقدارفاق وقربة فاذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ، ولافرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحا او نقداً ليعطيه خيراً منه وان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤنة لم يجز لانه زيادة وان لم يكن لحمله مؤنة جاز وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن ابن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبدالرحمن بن الاسود وايوب السختياني والثوري وأحمد واسحاق وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبدة بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لانه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر ، وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً ، وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها الى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأساً ، وممن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي ، رواه كله سعيد ، وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد أخرى ليربح خطر الطريق ، والصحيح جوازه لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الاباحة وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز لان

(مسئلة) (ولا يجوز شرط مايجر نفعاً نحو أن يسكنه داره او يقضيه خيراً منه او في بلد آخر ويحتمل جواز هذا الشرط)

كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر أجمعوا على ان المسلف اذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك ان أخذ الزيادة على ذلك ربا ، وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد أرفاق وقربة فاذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرض مكسرة فيعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيراً منه فان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر لم يجز ان كان لحمله مؤنة لانه زيادة وان لم يكن لحمله مؤنة فقد روي عن احمد انه لايجوز أيضاً ورويت كراهته عن الحسن البصري وميمون بن ابي شبيب وعبدة بن ابي لبابة ومالك والاوزاعي والشافعي لانه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص احمد ان من شرط ان يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر وروي عنه جواز ذلك حكاه عنه ابن المنذر لكونه مصلحة لهما . وحكاه عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الاسود وايوب السختياني والثوري واسحاق واختاره . وذكر القاضي ان للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق قال شيخنا : والصحيح جوازه لانه مصلحة لهما من غير

النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره ،وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على أن يهدي له هدية أو يعمل له عملا كان أبلغ في التحريم وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله ولم يجز قبوله الا أن يكافئه أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينهما قبل القرض لما روى الاثرم أن رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدي اليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال أعطه سبعة دراهم وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى اليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبي فقال لقد علم أهل المدينة أني من أطيبهم ثمرة وانه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى اليه بعد ذلك فقبل ، وعن زر بن حبيش قال : قلت لابي بن كعب إني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال : انك تأتي أرضاً فاش فيها الربا فان أقرضت رجلا قرضاً فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته رواهما الاثرم ، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال : قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثا وفيه ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش فاذا كان لك على رجل دين فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا ، قال ابن أبي موسى ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملا لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة . ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال قال رسول الله ﷺ « إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي اليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وهذا كله في مدة القرض ، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أقرضه مطلقا من غير شرط فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز وكذلك إن كتب له بها سفتجة أو قضاه في بلد آخر جاز ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن

ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فوجب ابقاؤه على الاباحة .

(فصل) وان شرط أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو ان يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز لان النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره . بشرط أن يبيعه الآخر داره،وان شرط ان يؤجره داره بأقل من اجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على أن يهدي له او يعمل له عملا كان ابلغ في التحريم

(فصل) وان شرط أن يوفيه أنقص مما أقرضه لم يجز إذا كان مما يجري فيه الربا لافضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه ، وإن كان في غيره فكذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن القرض يقتضي رد المثل وشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة ولهم وجه آخر أنه يجوز لان القرض جعل للرفق بالمستقرض وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه بخلاف الزيادة

﴿مسألة﴾ (وان فعل ذلك من غير شرط أو قضاه خيراً أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز)

وكذلك ان كتب له سفتجة أو قضاه في بلد آخر خيراً منه جاز، ورخص في ذلك ابن عمر

المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال أبو الخطاب إن قضاه خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة فعلى روايتين ، وروي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلا لانه اذا أخذ فضلا كان قرضاً جر منفعة

ولنا أن النبي ﷺ استسلف بكراً فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه وللبخاري « أفضلكم أحسنكم قضاء » ولانه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة اليه ولا إلى استيفاء دينه فحلت كما لو لم يكن قرض قال ابن أبي موسى إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فان أخذ زيادة أو اجود مما أعطاه كان حراما قولا واحداً ، وان كان الرجل معروفا بحسن القضاء لم يكره اقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لانه يطمع في حسن عادته وهذا غير صحيح فان النبي ﷺ كان معروفا بحسن القضاء فهل يسوغ لاحد أن يقول ان إقراضه مكروه ولان المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسئلته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها وانما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز قولا واحداً لان ذلك معاوضة للنقد بأقل منه فكان ربا

وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي و الزهري وقتادة ومكحول ومالك والشافعي واسحاق ، وقال أبو الخطاب ان قضاه خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير شرط ولا مواطأة فعلى روايتين وروي عن أبي بن كعب وابن عباس أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلا لئلا يكون قرضاً جر منفعة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه ولانه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة اليه ولا الى استيفاء دينه أشبه ما لو لم يكن قرض ، وقال ابن ابي موسى إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه الا مثل ما أعطاه . فان اخذ زيادة او اجود مما اعطاه حرم قولا واحداً واذا كان الرجل معروفا بحسن القضاء لم يكره اقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عادته وهذا لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفا بحسن القضاء فهل يسوغ لاحد أن يقول اقراضه مكروه ؟ ولان المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته واجابة مسألته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها ، وانما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وان جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز لان ذلك معاوضة للنقد بأقل منه فكان ربا ، وكذلك ما يشترط فيه المماثلة

﴿ مسئلة ﴾ (وان فعله قبل الوفاء لم يجز الا أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض الا أن يكافئه أو يحسبه من دينه)

وذلك لما روى الاثرم أن رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدي اليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال : اعطه سبعة دراهم ، وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبله فأتاه

(فصل) وان شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجري فيه الربا لم يجز لافضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه ، وان كان في غيره لم يجز أيضاً وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر يجوز لان القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه بخلاف الزيادة . ولنا أن القرض يقتضي المثل فشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة

(فصل) ولو اقترض من رجل نصف دينار فدفع اليه ديناراً صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك أو سلما في شيء صح ، وان امتنع المقرض من قبوله فله ذلك لان عليه في الشركة ضرراً ولو اشترى بالنصف الثاني من الدينار سلعة جاز إلا أن يكون ذلك عن مشارطة فقال أقضيك صحيحاً بشرط أني آخذ منك بنصفه الباقي قيصاً فانه لا يجوز لانه لم يدفع اليه صحيحاً إلا ليعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضي ولو لم يكن شرطاً جاز فان ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز وكانا شريكين فيه وان اتفقا على كسره كسراه فان اختلفا لم يجبر أحدهما على كسره لانه ينقص قيمته

(فصل) ولو افلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوما جاز لانه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرما لذلك . ولو

أبي فقال : لقد علم أهل المدينة اني من أطيبهم ثمرة وأنه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى اليه بعد ذلك فقبل . وعن زر بن حبيش قال : قلت لابي بن كعب اني أريد أن أسير الى أرض الجهاد إلى العراق فقال انك تأتي أرضا فاش فيها الربا ، فان أقرضت رجلا قرضا فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته . رواهما الاثرم ، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثا وفيه ، ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش ، فاذا كان لك على رجل قرض فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا . قال ابن أبي موسى : ولو أقرضه قرضا ثم استعمله عملا لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضا جر منفعة ، ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بذلك بينهما حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى اليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله الا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وهذا كله في مدة القرض ، فاما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط وقد ذكرناه

(فصل) ولو اقترض نصف دينار فدفع اليه المقترض ديناراً صحيحاً وقال نصفه وفاء ونصفه وديعة عندك أو سلم في شيء صح ولا يلزم المقرض قبوله لان عليه في الشركة ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الباقي من الدينار سلعة جاز ، فان كان بشرط مثل أن يقول أقضيك صحيحا بشرط أن آخذ منك بنصفه الباقي قيصا لم يجز لانه لم يدفع اليه صحيحا الا ليعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضي وان اتفقا على كسره كسراه ، وان اختلفا لم يجبر أحدهما على ذلك لأنه ينقص قيمته

(فصل) ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفا ليوفيه كل شهر شيئا معلوما جاز لانه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها جاز لذلك ، ولو

أراد رجل ان يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس اذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو اقرض اكاره ما يشتري به بقراً يعمل عليها في أرضه او بذراً يبذره فيها فان شرط ذلك في القرض لم يجز لانه شرط ما ينتفع به فأشبه شرط الزيادة وان لم يكن شرطا فقال ابن ابي موسى لايجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال اقرضني الفا وادفع إلي ارضك ازرعها بالثلث كان خبيثاً. والاولى جواز ذلك اذا لم يكن مشروطاً لان الحاجة داعية اليه والمستقرض انما يقصد نفع نفسه وانما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبه اخذ السفتجة به وايفاءه في بلد آخر ولانه مصلحة لهما جميعا فأشبه ما ذكرنا

(فصل) قال احمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئا فخرجت زيوفا فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لانها دراهمه فعيبها عليه وانما له على المشتري بدل ما اقرضه إياه بصفته زيوفا وهذا يحتمل انه اراد فيما اذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها فاما ان باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها فينبغي ان يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته، وان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز، قال ولو اقرض رجلا دراهم وقال اذا مت فأنت في حل كانت وصية، وان قال ان مت فأنت في حل لم يصح وذلك لان هذا ابراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط والاول وصية لانه علق ذلك على موت نفسه والوصية جائزة، قال ولو اقرضه تسعين دينارا بمائة عدداً والوزن واحد وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن جاز، وإن كانت تنفق برءوسها فلا وذلك لانها إذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة لان التسعين من المائة تقوم

أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها الى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئا وإن أقرض أكاره ما يشتري به بقراً يعمل عليها في أرضه، أو بذراً يبذره فيها، فان كان شرط ذلك في القرض لم يجز لانه شرط ماينتفع به أشبه الزيادة، وان لم يكن شرطا فقال ابن أبي موسى لا يجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال أقرضني ألفا وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلث كان خبيثاً . قال شيخنا . والاولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطا لان الحاجة داعية اليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمنا فأشبه أخذ السفتجة به وايفاءه في بلد آخر من حيث أنه مصلحة لهما جميعا

(فصل) قال أحمد في رجل اقترض دراهم وابتاع بها منه شيئا فخرجت زيوفا فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء . يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لانها دراهمه بعينها فعيبها عليه وانما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفا وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عينها، فأما ان باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته، فان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز، قال ولو أقرض رجلا دراهم وقال اذا مت فأنت في حل كانت وصية، وان قال ان مت فأنت في حل لم يصح لان هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح ذلك والاول وصية لانه علقه على موت نفسه وذلك جائز . قال ولو أقرضه تسعين دينارا وزنا بمائة عدداً وزنها تسعون وكانت لا تنفق في مكان الا بالوزن جاز، وان كانت تنفق برءوسها فلا وذلك لانها اذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة لان تسعين من المائة تقوم

مقام التسعين التي اقرضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة وإذا كانت لا تتفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثر عددها . قال ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك الف لم يجز وذلك لان قوله اقترض لي ولك عشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة واما الكفالة فان الكفيل يلزمه الدين فاذا اداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض فاذا اخذ عوضا صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز

(فصل) قد ذكرنا ان المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره او غلا أوكان بحاله ولو كان ما اقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله سواء تغير سعره او لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله ، وان كان القرض فلوساً او مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها كان للمقرض قيمتها ولم يلزمه قبولها سواء كانت قائمة في يده او استهلكها لانها تعيبت في ملكه نص عليه احمد في الدراهم المكسرة وقال يقومها كم تساوي يوم اخذها ثم يعطيه وسواء نقصت قيمتها قليلا او كثيراً قال القاضي هذا اذا اتفق الناس على تركها فأما ان تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه اخذها ، وقال مالك والليث بن سعد والشافعي ليس له إلا مثل ما اقرضه لان ذلك ليس بعيب حدث فيها فجرى مجرى نقص سعرها : ولنا ان تحريم السلطان لها منع انفاقها وابطل ماليتها فأشبه كسرها او تلف اجزائها واما رخص السعر فلا يمنع ردها سواء كان كثيراً مثل ان كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق او قليلا لانه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر فأشبه الحنطة إذا رخصت او غلت

(فصل) وإذا أقرضه ما لحمله مؤنة ثم طالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لانه لا يلزمه حمله له الى ذلك البلد فان طالبه بالقيمة لزمه لانه لا مؤنة لحملها فان تبرع المتسقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لان عليه ضرراً في قبضه لانه ربما احتاج إلى حمله الى المكان الذي أقرضه فيه وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لانه المكان الذي يجب التسليم فيه وان كان القرض أثمانا أو مالا مؤنة في حمله وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه اليه لان تسليمه اليه في هذا البلد وغيره واحد

مقام التسعين التي أقرضه اياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة ، واذا كانت لا تتفق الا بالوزن فلا زيادة فيها وان اختلف عددها ، قال ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك ألف لم يجز وذلك لان قوله اقترض لي ولك عشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فلأن الكفيل يلزمه أداء الدين فاذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض ، فاذا أخذ عوضا صار قرضا جر منفعة فلم يجز

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أقرضه أثمانا فطالبه بها ببلد آخر لزمته ، وان أقرضه غيرها فطالبه بها لم تلزمه فان طالبه بالقيمة لزمه اداؤها)

وجملة ذلك أنه إذا أقرضه ما لحمله مؤنة وطالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لانه لا يلزمه حمله إلى ذلك البلد ، فان تبرع المقترض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لان عليه ضرراً في قبضه لانه ربما احتاج الى حمله الى المكان الذي أقرضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لانه المكان الذي يجب التسليم فيه ، ولو أقرضه أثماناً او مالا مؤنة لحمله وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه لان تسليمه اليه في هذا البلد وغيره واحد

(فصل) وان أقرض ذمي ذمياً خمراً ثم أسلما أو أحدهما بطل القرض ولم يجب على المقترض شيء سواء كان هو المسلم أو الآخر لانه اذا أسلم لم يجز ان يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لانها لاقيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها وان كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك

كتاب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة ، وقيل هو من الحبس قال الله تعالى (كل امريء بما كسب رهين) وقال (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر.

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لشدة وجده بها بالرهن الذي يلزمه المرهن فيبقيه عنده ولا يفارقه . وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه ، والرهن في الشرع المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه. وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهن مقبوضة) وتقرأ (فرهان) والرهان جمع رهن والرهن جمع الجمع قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رهن مثل سقف وسقف ، وأما السنة فروت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه متفق عليه ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة »

(فصل) ولو اقرض ذمي ذميا خمراً ثم أسلما أو احدهما بطل القرض ولم يجب على المقترض شيء سواء كان هو المقترض او المقرض لانه اذا اسلم لم يجز ان يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لانه لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها اذا أتلفها ، وان كان المقرض لم يجب له شيء لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي دائمة، وقيل هو الحبس قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فاضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لوجدها بالرهن الذي يلزمه المرتهن فيحبسه عنده ولا يفارقه وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه

(مسئلة) (وهو وثيقة بالحق)

الرهن في الشرع المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع . قال الله سبحانه وتعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) وروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه

رواه البخاري ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن » وأما الاجماع فاجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لان الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) . ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وكانا بالمدينة ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان ، فاما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالبا ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضاً

(فصل) والرهن غير واجب لا نعلم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها

(فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقع بعد الحق فيصح بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) فجعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بفاء التعقيب (الحال الثاني) أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين

متفق عليه ، وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا يغلق الرهن» وأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضر كجوازه في السفر قال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) ولنا أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وكانا بالمدينة ، ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان . فأما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور في الآية

(فصل) وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) ارشاد لنا لا ايجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذلك بدلها

﴿ مسئلة ﴾ (وهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن) لأن العقد لحقه وحده فكان له فسخه كالمضمون له وهو لازم من جهة الراهن لان الحظ لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن

﴿مسئلة﴾ (يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله الا عند أبي الخطاب)

وجملة ذلك أن الرهن لا يخلو من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يقع مع الحق فيقول بعتك هذا بعشرة الى شهر ترهنني بها كذا فيقول قبلت فيصح ذلك ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الخيرة الى المشتري ، والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق (الحال الثاني) أن يقع بعد الحق فيصح

فيقول بعتك ثوبي هذا بعشرة الى شهر ترهنني بها عبدك سعداً فيقول قبلت ذلك فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الخيرة الى المشتري والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب وهو اختيار أبي بكر والقاضي وذكر القاضي ان أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي واختار أبو الخطاب انه يصح فمتى قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لانه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك

ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم تصح قبله كالشهادة ولان الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة والثمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمنا فالفرق بينهما ان الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يصح الرهن الا أن يكون مقبوضا من جائز الامر)

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال بعض أصحابنا : ما كان مكيلا أو موزونا لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان (إحداهما) لا يلزم إلا بالقبض (والاخرى) يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني وحمل القاضي كلام الخرقي على المكيل والموزون خاصة وليس بصحيح فان كلام الخرقي مع عمومه قد اتبعه بما يدل على

بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة الى الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) جعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، ولان في الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله مذكورا بعدها بفاء التعقيب (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب واختاره أبو بكر والقاضي وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي ، واختار أبو الخطاب أنه يصح ، فاذا قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم اقرضه الدراهم لزمه الرهن وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه وثيقة بالحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك . ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم يصح قبله كالشهادة ولان الرهن بالحق تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمناه فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر

﴿مسألة﴾ (ويصح في كل عين يجوز بيعها)

لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ليتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل ما يجوز بيعه ولان كل ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل حكمته الا أن يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فيبقى الحكم به

ارادة التعميم وهو قوله : فان كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كالدور والارضين فقبضه بتخلية راهنه بينه وبينه . وقال أحمد في الدار والجارية إذا ردها إلى الراهن لم يكن رهنا في الحال وهذا كقول الخرقي وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع . ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ولانه عقد ارفاق يفتقر إلى القبول فافتقر الى القبض كالقرض ولانه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن ولا يشبه البيع فانه معاوضة وليس بارفاق وقول الخرقي : من جائز الامر . يعني أن الراهن الذي يرهن ويقبض يكون جائز التصرف في ماله وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس ، ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وانما هو الى اختيار الراهن فاذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولانه نوع تصرف في المال فلم يصح من المحجور عليه من غير اذن كالبيع فان جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لانه عقد يؤول الى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته كالبيع الذي فيه الخيار ويقوم ولي المجنون مقامه . فان كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقبيض مثل أن يكون شرطا في بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه ، وان كان الحظ في تركه لم يجز له تقبيضه ، وان كان المجنون المرتهن قبضه وليه إن اختار الراهن ، وان امتنع لم يجبر واذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقبيضه لانهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك : فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فاحب الورثة تقبيض الرهن جاز ، وان كان عليه دين سواه فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى ان لهم ذلك أخذاً مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال اذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله ، وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لانه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها فكيف يعارض به الخاص لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقبيضه على الراهن فكذلك على ورائه ، ويختص هذا بما عدا المكيل والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه لان الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس

(مسئلة) (الا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه)

إذا قلنا لا يجوز بيع المكاتب لم يجز رهنه لعدم حصول مقصود الرهن به وان قلنا يجوز بيعه وقلنا استدامة القبض شرط في الرهن لم يصح ، والصحيح أن استدامة القبض شرط فلا يصح رهنه وهذا مذهب الشافعي لان استدامة القبض غير ممكنة في حق المكاتب لمنافاتها مقتضى الكتابة . وقال القاضي : قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وايفاء الدين من ثمنه ، فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم الكتابة رهنا معه وان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه وان عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهناً بمنزلة ما لو كسب العبد ثم مات

الراهن الا اذا قلنا ان للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من اموالهم . فان قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن اذا لم يختص به المرتهن ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل ان يرضى الغرماء بتسليمه اليه فيتم الرهن ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ماقبل الاذن في القبض وما بعده لكون الاذن يبطل بالجنون والموت والاغماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرتهن بثمنه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وان حجر عليه لسفه فحكمه حكم مالو زال عقله بجنون على ما أسلفناه ، وان اغمي عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقبيضه لان المغمى عليه لاولاية عليه ، وان أغمي على المرتهن لم يكن لاحد ان يقوم مقامه في قبض الرهن ايضا وانتظر إفاقته ، وان خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين ان اذن فى القبض جاز والا فلا ، وان لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض ، وان كان احد هؤلاء قد اذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن لان اذنهم يبطل بما عرض لهم وجميع هذا تناوله قول الخرقي من جائز الامر وليس أحد من هؤلاء جائز الامر

(فصل) اذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة أو بيع او عتق او جعله صداقا او رهنه ثانيا بطل الرهن الاول سواء اقبض الهبة والمبيع والرهن الثاني او لم يقبضه لانه اخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل مايدل على قصده ذلك ، وان دبر العبد أو أجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لايمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لايمنع ابتداء الرهن فلايقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل رهنه وان قلنا لايجوز رهنه بطل رهنه كما لو أعتقه

(فصل) واستدامة القبض شرط للزوم الرهن فاذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه باجارة او اعارة أو ايداع او غير ذلك فاذا عاد فرده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم اكراها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهنا . وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن ان يبعثها اليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء ، قال أبو بكر لا يكون رهنا في تلك الحال فاذا ردها رجعت الى الرهن ، وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فأولى

(فصل) فاما المعلق عتقه بصفة فان كانت توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه وان كان الدين يحل قبلها صح رهنه لامكان بيعه واستيفاء الدين من ثمنه وان كانت تحتمل الامرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن ويمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه فاشبه المريض والمدبر ، وهو مذهب أبي حنيفة ويحتمل أن لا يصح لان فيه غرراً اذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ولأصحاب الشافعي اختلاف كنحو هذا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها وولدها دونها وان كان صغيراً لان الرهن لا يزيل

أن يقول الاستدامة غير مشترطة لان كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء ، وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة . قال أبو الخطاب : إذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطا في الاستدامة وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدامته كالهبة ، ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) لانها احدى حالتي الرهن فكان القبض فيها شرطا كالابتداء ويفارق الهبة لان القبض في ابتدائها يثبت الملك فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فاذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة وان أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو اباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لان يده ثابتة حكما فكأنها لم تزل

(فصل) وليس للمرتهن قبض الرهن الا باذن الراهن لانه لا يلزمه تقبيضه فاعتبر اذنه في قبضه كالواهب ، فان تعدى المرتهن فقبضه بغيراذن لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض وان اذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن قبله زال حكم الاذن وان رجع عن الاذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه لان الرهن قد لزم لاتصال القبض به ، وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الاذن في القبض الثاني لانه قبض يلزم به الرهن أشبه الاول . ويقوم ما يدل على الاذن مقامه مثل ارساله العبد إلى مرتهنة ورده لما أخذه من المرتهن الى يده ونحو ذلك لان ذلك دليل على الاذن فاكتفى به كدعاء الناس الى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجري مجرى الاذن في أكله

﴿ مسئلة ﴾ قال (والقبض فيه من وجهين فان كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه اياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كالدور والارضين فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لاحائل دونه

وجملة ذلك ان القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة فان كان منقولا فقبضه نقله أو تناوله وان كان اثمانا أو شيئاً خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها ، وان كان مكيلا رهنه بالكيل أو موزونا رهنه بالوزن فقبضه اكتياله أو اتزانه لقول النبي ﷺ « اذا سميت الكيل فكل » وان ارتهن الصبرة جزافا أو كان ثيابا أوحيوانا فقبضه نقله لقول ابن عمر كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه ، متفق عليه . وان كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة

الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها فان دعت الحاجة الى بيع أحدهما بيع معه الآخر لان الجمع في العقد ممكن والتفريق حرام فاذا بيعا معا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الرهن من الثمن فاذا كانت الجارية رهنا وكانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فحصتها ثلثا الثمن فان لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فان أمسك فلا شيء له غيرها وان ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(مسئلة) (ويجوز رهن مايسرع اليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهنا)

فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل بان يفتح له باب الدار أو يسلم اليه مفتاحها، وان خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة ، وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فسلمها اليه صح التسليم ، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لان القبض حصل فيهما جميعا فيكون موجوداً في الرهن منهما

(فصل) وان رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه سواء حضر الشريك أو لم يحضر وان كان منقولا كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضا الشريك فان رضي الشريك تناولها وان امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا تكون في يده لهما، وان ناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها فان قلنا استدامة القبض شرط لم يكفه ذلك التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره فأشبه مالو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب لغيره فتناولهما معا ، ولو رهنه ثوباً فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن فان تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقينا

(فصل) ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية. ولنا ان التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع فأشبه مالو كانا خارجين عنها ولا يصح ما ذكره ألا ترى ان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها ، ولانه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالا له في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لانه مالك له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد. ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد . وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهنا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه

يجوز رهن مايسرع اليه الفساد بدين حال ومؤجل لانه يمكن ايفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب وسواء كان مما يمكن تجفيفه كالعنب أو لا يمكن كالبطيخ فان كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لانه من مؤنة حفظه وتبقيته فأشبه نفقة الحيوان وان كان مما لا يجفف فانه يباع ويقضى الدين من ثمنه ان كان حالا أو يحل قبل فساده وان لم يحل قبل فساده فشرطا بيعه وجعل ثمنه رهنا فعلا ذلك وان أطلق العقد فذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يصح لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب كما لو شرط أن لا يبيعه (والثاني) يصح وهو الصحيح لان العرف يقتضي ذلك لكون المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فاذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كالتجفيف

فيها فان كان منقولا فبمضي مدة يمكن نقله فيها وان كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية وان كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان العقد يفتقر الى القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بامكانه ويكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة، فان تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه (والثاني) لا يفتقر الى إذن في القبض لان اقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض فان أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) فاذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه لانه أحد حالتي الرهن

ولنا انه مأذون له في امساكه رهناً لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه. وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه ازالتها ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة وهذان متنافيان ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده الى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصباً ولا مستعيراً ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه. واما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيراً وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت

(فصل) ويجوز أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه، وان وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن ذلك قبضاً لان الرهن وثيقة ليستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة وقد ذكرنا في البيع ان المشتري لو دفع إلى البائع غرارة وقال: كل حقي في هذه ففعل كان ذلك قبضاً فيخرج ههنا كذلك

في العبد والانفاق على الحيوان. وللشافعي قولان كالوجهين. فاما ان شرطا ان لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبه مالو شرط عدم النفقة على الحيوان. إذا ثبت ذلك فانه ان شرط للمرتهن بيعه أو اذن له فيه بعد العقد أو اتفقا على أن الراهن يبيعه أو غيره باعه والا باعه الحاكم وجعل ثمنه رهناً ولا يقضي الدين من ثمنه لانه لا يجوز له تعجيل وفاء الدين قبل حله وكذلك الحكم ان رهنه ثيابا يخاف تلفها أو حيوانا يخاف موته لما ذكرنا

(مسئلة) (ويجوز رهن المشاع)

وبه قال ابن أبي ليلى والنخعي ومالك والاوزاعي والعنبري والشافعي وأبو ثور، وقال أصحاب

(فصل) وإذا أقر الراهن بتقبيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان ذلك مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه ، وان أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكره وقال : أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئاً أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكر فالقول قول المقر له فان طلب المنكر يمينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لان الاقرار أقوى من البينة ، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين وهو قول الشافعي في منصوصه لان العادة جارية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فتسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة وهذا أجود ويفارق البينة فانها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائباً فقال أقررت لان وكيلي كتب إلي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه ، وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، فأما ان اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول من هو في يده لانه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وان كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه . وان اختلفا في الاذن فقال الراهن أخذته بغير اذني قال بل باذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لان الظاهر معه فان العقد قد وجد ويده تدل على انه بحق . ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي هذين الوجهين

(فصل) وإذا رهنه عينين فتلفت احداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحاً فيهما وانما طرأ انفساخ العقد في احداهما فلم يؤثر كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها ، وان كان التلف بعد قبض الاخرى فقد لزم الرهن فيها فان كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله . فان رضي لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن ، ولو تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار فاذا تلف بعضه أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه فان امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الاخرى

(فصل) وان رهنه دارا فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وأنقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لانها تعيبت ونقصت

الرأي لا يصح الا أن يرهنه لشريكه أو يرهنها الشريكان لرجل واحد أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضانها معاً لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج اخته من الرضاع . بيانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لان شريكه ينزعه في نوبته ولان استدامة القبض شرط ، وهذا يستحق زوال العقد عنه لمعنى فارق العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب

ولنا أن المشاع يصح بيعه في محل الحق فصح رهنه كالمفرد قولهم مقصوده الحبس ممنوع انما المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير اذنه فانه يصح عندهم ، إذا ثبت ذلك فرضي الشريك

قيمتها ، فان قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كما تنفسخ الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الاخشاب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد ورد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفي الحكم لانتفائه فيصح رهن المشاع لذلك وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبتي والاوزاعي وسوار والعنبري والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يصح رهنه الا أن يرهنه من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، أو يرهن رجلا داره من رجلين فيقبضانها معا لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع . بيانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لان شريكه ينتزعه يوم نوبته ولان استدامة القبض شرط وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب . ولنا انها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ولا نسلم ان مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ، ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير اذنه من غير ولاية فانه يصح عندهم

(فصل) ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه سواء رهنه مشاعا في نصيبه مثل أن يرهن نصف نصيبه أو يرهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ، ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره وما ذكره لا يصح لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما فان اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو باجرة لان المالك لا يلزمه تسليم ما لم يرهنه والمرتهن لا يلزمه ترك الرهن عند المالك فقام الحاكم مقامهما في حفظه لهما

(فصل) ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح رهن جميعه سواء رهنه مشاعاً في نصيبه مثل أن يرهن بعض نصيبه أو رهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه . وقال القاضي يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ، ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره وماذكروه لا يصح لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني وهو مذهب الشافعي، ومبنى الخلاف في هذا على الخلاف في بيعه وقد سبق الكلام فيه في موضعه ، ثم ان كان المرتهن عالما بحاله فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فأشبه المشتري إذا علم العيب ، وان لم يكن عالما ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لان العيب زال فهو كما لو زال عيب المبيع ، وان علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا في عقد بيع لان الشرط اقتضاه سليما ، فاذا سلم اليه معيبا ملك الفسخ كالبيع وان اختار امساكه فليس له أرش ولا شيء لان الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بداله فبعضه أولى ، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب ان له الارش في هذه المواضع قياسا على البيع ، وليس الامر كذلك فان المبيع عوض عن الثمن فاذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وان امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويباع في الجناية لان حق المجني عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن ، فعلى هذا ان استغرق الارش قيمته بيع وبطل الرهن ، وان لم يستغرقها بيع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لانه علق عتقه بصفة أشبه مالو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ على النفس ومادونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني والاختلاف في ذلك مبني على الاختلاف في صحة بيعه وقد سبق . فان كان المرتهن عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة أشبه المشتري إذا علم العيب وان لم يكن عالماً ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لان العيب زال فهو كزوال عيب المبيع وان علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع ان كان مشروطاً في العقد لان العقد اقتضاه سليما فاذا ظهر معيباً ملك الفسخ كالبيع وان اختار امساكه فلا أرش له لان الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الارش في هذه المواضع قياسا على البيع ، وليس الامر كذلك فان المبيع عوض عن الثمن فاذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله كتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه؟ وان امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويباع في الجناية لان حق المجني عليه مقدم على الرهن كما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الارش قيمته بيع وبطل الرهن وان لم يستغرقها بيع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لانه معلق عتقه بصفة أشبه ما لو كانت توجد قبل حلول الحق

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه مالو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق . وما ذكروه ينتقض بهذا الاصل ، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود ، والحكم فيما اذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن ، وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وان لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير لان الدين مقدم على التدبير ولا يبطل الرهن ، وان كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق منه ثلث الباقي وما بقي للورثة

(فصل) فاما المكاتب فالصحيح أنه لا يصح رهنه وهو مذهب الشافعي لان استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح ولا يمكن ذلك في المكاتب ، وقال القاضي قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه . فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه فان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه ، وإن عتق كان ماأداه من نجومه رهناً بمنزلة مالو كسب العبد القن ثم مات

(فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ومحل الحق آخره لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه ، وان كان الدين يحل قبلها مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان والحق يحل في أوله صح رهنه لامكان استيفاء الدين من ثمنه . فان كانت تحتمل الامرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه فصح رهنه كالمريض والمدبر وهذا مذهب أبي حنيفة رضي

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه مالو علقه بصفة لا توجد قبل حلول الحق . وماذكروه ينتقض بهذا الاصل ، ويفارق التدبير التعليق بصفة توجد قبل حلول الحق لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود ، والحكم فيما إذا علم وجود التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن وان عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير ولا يبطل الرهن به وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق ثلث الباقي وباقيه للورثة

(مسألة) (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين)

لانه يصح بيعه فصح رهنه كما بعد القبض . فاما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا والرهن يقتضي تسليم الثمن أولا (والثاني) أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي ايفاء الثمن منه (والثالث) ان البيع يقتضي امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي عدم الضمان وهذا يوجب تناقض الاحكام وانما

الله عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه لان فيه غرراً إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ولاصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ورهن ولدها دونها لان الرهن لا يزيل الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها . فان دعت الحاجة الى بيعها في الدين بيع ولدها معها لان الجمع في العقد ممكن والتفريق بينهما حرام فوجب بيعه معها . فاذا بيعا معا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن فاذا كانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فحصتها ثلثا الثمن ، وان لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فان أمسك فهو كما لو علم حال العقد ولا شيء له غيرها وأن ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(فصل) ويصح رهن ما يسرع اليه الفساد سواء كان مما يمكن اصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ ثم ان كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لانه من مؤنة حفظه وتبقيته فيلزم الراهن كنفقة الحيوان ، وان كان مما لا يجفف فانه يباع ويقضي الدين من ثمنه ان كان حالا أو يحل قبل فساده ، وان كان لا يحل قبل فساده جعل ثمنه مكانه رهنا سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق وقال اصحاب الشافعي : ان كان مما يفسد قبل محل الدين فشرط المرتهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح ، وان أطلق فعلى قولين (أحدهما) لا يصح لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه . وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين

ولنا ان العرف يقتضي ذلك لان المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فاذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كتجفيف ما يجف والانفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج إلى حرز ، وأما اذا شرط أن لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبه مالو شرط أن لا يجفف ما يجف أو لا ينفق على الحيوان . واذا ثبت ما ذكرناه فانه ان شرط للمرتهن بيعه أو أذن له في

تتحقق هذه المعاني إذا شرط رهنه قبل قبضه فان شرط أنه يقبضه ثم يسلمه رهنا فانه يتحقق فيه بعض هذه المعاني ، وقد روي عن أحمد أنه قال إذا حبس بقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرط عليه في نفس البيع . قال القاضي معناه شرط عليه رهنا غير المبيع فيكون له حبسه حتى يقبض الرهن فان وفى له به والا فسخ (والوجه الثاني) يصح كما يصح لغير البائع فاما المكيل والموزون فذكر القاضي أنه يجوز رهنه قبل قبضه لان قبضه مستحق فيمكن المشتري أن يقبضه ثم يقبضه وإنما لم يجز بيعه لانه يفضي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه ويحتمل انه لا يصح رهنه لانه لا يصح بيعه بربح ولا برأس مال ولا يصح هبته فكذلك رهنه

﴿ مسئلة ﴾ (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين)

لا يصح رهن مالا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن للمرتهن زدني مالا يكون الذي عندك رهنا به وبالدين الاول لم يجز ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وهو

بيعه بعد العقد أو اتفقا على أن يبيعه الراهن أو غيره باعه ، وان لم يكن ذلك باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنا ولا يقضي الدين من ثمنه لانه ليس له تعجيل وفاء الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم ان رهنه ثيابا نخاف تلفها أو حيوانا وخاف موته . قال أحمد فيمن رهن ثيابا يخاف فسادها كالصوف أتى السلطان فأمره ببيعها

(فصل) ويجوز رهن العصير لانه يجوز بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لايمنع صحة رهنه كالمريض والجاني . ثم ان استحال الى حال لايخرج فيها عن المالية كالخل فالرهن بحاله ، وان صار خمراً زال لزوم العقد ووجبت اراقته فان أريق بطل العقد فيه ولا خيار للمرتهن لان التلف حصل في يده وإن عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت اليه ، وان استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لانه عقد ضعيف لعدم القبض فيه فأشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خمراً بعد القبض بطل الرهن ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن أيضا لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة هو رهن بحاله لانه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً ،ويجوز أن يصير له قيمة فلا يجوز أن يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ولان اليد لم تزل عنه حكما ولهذا لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده لكان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أراقه وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمراً ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهناً باستحالته خلا، وأرى القول ببقائه رهناً أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد فان قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما ان زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما فاذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين .قلنا هناك مازالت الزوجية ولا بطل العقد ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد، وإنما العقد كان موقوفا مراعى، فاذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل، وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وههنا قد جزمتم ببطلانه

أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف والمزني وأبو ثور وابن المنذر يجوز ذلك لانه لو زاده رهنا جاز فكذلك إذا زاد في دين الرهن ولانه لو فدا المرتهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنا بالمال الاول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا ولانها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان ، ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرتهن . فاما الزيادة في الرهن فتجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، فاما العبد الجاني فلنا فيه منع وان سلمنا فانما يصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولان لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والرهن الجائز تجوز الزيادة فيه فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية، ويفارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه يحق بان كان رهنا بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يعتقد ان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به وان اعتقدا صحته جاز ان يشهدا بكيفية الحال ولا يشهدان أنه رهنه بالحقين مطلة

(فصل) وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الاخضر؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو اختيار القاضي لان الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن ، ولانه يجوز بيعه فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع ، وان اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لايصح وهو منصوص الشافعي لانه لايجوز بيعه فلايصح رهنه كسائر مالايجوز بيعه ، وذكر القاضي أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه كالمكيل والموزون قبل قبضه لان قبضه مستحق فيمكن المشتري قبضه ثم يقبضه . أما البيع فانه يفضي إلى أن يربح فيما لم يضمن وهو منهي عنه ، ويحتمل أن لايصح رهنه لانه لا يصح بيعه

(فصل) وفي رهن المصحف روايتان (إحداهما) لا يصح رهنه نقل الجماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح رهنه فانه قال : إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا باذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره

(فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يرهنه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه الى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز ، وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يختلف بذلك فاحتيج الى ذكره كاصل الرهن ، ومتى شرط شيئاً من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن لانه لم يؤذن له في هذا الرهن فأشبه من لم يأذن في أصل الرهن ، قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ذلك وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه مثل أن يأذن له في رهنه بمائة

(فصل) ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع والزرع الاخضر في أحد الوجهين ، اختاره القاضي لان الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن، ولانه يجوز بيعه فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع ، وان اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لا يصح وهو منصوص الشافعي لانه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لايجوز بيعه

(فصل) وان رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز فالرهن باطل لانه مجهول حين حلول الحق ولا يمكن امضاء الرهن على مقتضاه ، وإن رهنها بدين حال أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها جاز لانه لا غرر فيه ، فان لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحاً ، لكن ان سمح الراهن بيع الجميع أو اتفقا على قدر منه جاز ، وإن اختلفا وتشاحا فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر

(فصل) ولا يصح رهن المصحف في إحدى الروايتين نقل جماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لان المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك الا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح فانه قال إذا رهن مصحفا لا يقرأ فيه الا باذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فيصح رهنه كغيره والخلاف في ذلك مبني على جواز بيعه وقد ذكرناه في كتاب البيع

فيرهنه بخمسين صح لان من أذن في مائة فقد أذن في خمسين ، وان رهنه باكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل في الكل لانه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهنه بدراهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بمؤجل فرهنه بحال فانه لايصح كذلك ههنا وهذا منصوص الشافعي (والوجه الثاني) أنه يصح في المائة ويبطل في الزائد عليها لان العقد تناول مايجوز ومالا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ويفارق ماذكرنا من الاصول فان العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال ، وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لايوجد في الآخر فان الراهن قد يقدر على فكاكه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاكه بأحد النقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالمخالفة ، وفي مسئلتنا اذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فان أطلق الرهن في الاذن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي (والآخر) لايجوز حتى يبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيده والعارية ما أفادت المنفعة ، انما حصلت له نفعاً بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لايصح . ولنا انها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن ، والدليل على انه عارية انه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة ، وقولهم انه ضمان غير صحيح لان الضمان يثبت في الذمة وهذا ثبت في الرقبة، ولان الضمان لازم في حق الضامن وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن وإلزام المستعير بفكاكه بعده ، وقولهم ان المنافع للسيد . قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخيط لسيده أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده . فان قيل لو كان عارية لما صح رهنه لان العارية لاتلزم والرهن لازم . قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فان لصاحب العبد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين ، ولان العارية قد تكون لازمة بدليل مالو أعاره حائطا ليبني عليه أو أرضاً ليدفن فيها أو ليزرع فيها مالا يحصد قصيلا . اذا ثبت هذا فانه يصح رهنه بما شاء الى أي وقت شاء ممن شاء لان الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاك الرهن حالا كان أو مؤجلا في محل الحق وقبل محله لان العارية لاتلزم ، ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة أو مثلها إن كانت من ذوات الامثال ، ولا يرجع بما بيعت به سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين ، والصحيح أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لان العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت باكثر رجع بما بيعت به لان العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه، فاذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه ، وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته سواء تلف بتفريط أو غير تفريط نص على هذا أحمد وذلك لان العارية مضمونة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر)

اختاره القاضي لانه عقد يقتضي قبض المعقود عليه والتسليط على بيعه فلم يجز كالبيع ، واختار

(فصل) وإن فك المعير الرهن فأدى الدين الذي عليه باذن الراهن رجع عليه ، وإن قضاه متبرعاً لم يرجع بشيء وإن قضاه بغير إذنه محتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ويترجح الرجوع ههنا لان له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لانه لايجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة قال بل بخمسة فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلا فقضاه حالا باذنه رجع به حالا ، وان قضاه بغير اذنه فقال القاضي يرجع به حالا أيضاً لانه له المطالبة بفكاك عبده في الحال

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لان تعيين مايرهن به ليس بشرط فكذلك من يرهن عنده ولان رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد لانه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد ، فعلى هذا اذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفك من الرهن شيء لانه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد فأشبه مالو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لان كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنا باكثر منها كما لو صرح له بذلك فقال ارهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها فعلى هذا الوجه ان كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالماً بذلك ، والرهن مشروط في بيع احتمل أن يكون له الخيار لانه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه وان قضى نصف دين أحدهما انفك في نصيب أحدهما على أحد الوجهين وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما والله أعلم

(فصل) ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهناها عند رجل مطلقا صح فان شرط أحدهما اني متى قضيت ماعلي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر وفي قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لانه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لان في هذا الشرط نقصا على المرتهن . وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضاً لانه شرط ان يبقى الرهن محبوسا بغير الدين الذي هو رهن به لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين

(فصل) ولا يصح رهن مالا يصح بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن للمرتهن زدني مالا يكون الرهن الذي عندك رهنا به وبالدين الاول لم يجز وبهذا قال

أبو الخطاب صحته اذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم اذا امتنع مالكه وهذا أولى لان مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزني وابن المنذر يجوز ذلك لانه لو زاده رهنا جاز فكذلك اذا زاد في دين الرهن ولانه لو فدى المرتهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنا بالمال الاول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا ولانها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان

ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرتهن ، فاما الزيادة في الرهن فيجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، واما العبد الجاني فيصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولأن لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ويجوز ان يزيده في الرهن الجائز حقاً قبل لزومه فكذلك اذا صار جائزاً بالجناية ويفارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهناً بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقا بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه

(فصل) وأما رهن سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فالصحيح في المذهب أنه لايجوز بيعها فكذلك رهنها وهذا منصوص الشافعي وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها ، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها إن أفرده بالبيع والرهن فهل يصح ؟ على روايتين نص عليهما في البيع (احداهما) يصح لانه طلق (والثانية) لايجوز لانه تابع لما لايجوز بيعه ولا رهنه فهو كأساسات الحيطان ، وإن رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء علي الرواية التي يجوز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح لانه مجهول ، وان لم يقل بما فيها صح رهنها للعلم بها الا أن يكون ذلك مما لا قيمة له كالجراب الخلق ونحوه . ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وفي الجملة

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه ، فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لم يصح للجهالة وإن لم يقل بما فيها صح للعلم بها ، ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وقال أبو حنيفة يصح لانه يصح بيعه عنده بشرط الخيار له وقد ذكر في البيع وفي الجملة أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع ، وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الشارد ولا غير مملوك لانه لا يصح بيعه

(فصل) فأما سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فظاهر المذهب أنه لا يجوز رهنها لانه لا يجوز بيعها وهذا منصوص الشافعي وحكم بنائها حكمها ، فان كان فيها من غير ترابها أو الشجر المتجدد فيها فانه يصح افراده بالبيع والرهن في احدى الروايتين نص عليها في البيع لانه طلق (والثانية) لا يجوز لانه تابع لما لا يجوز رهنه فهو كأساسات الحيطان ، وان رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء إذا قلنا بجواز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغصوبا فبان ملكه مثل ان رهن عبد أبيه فبان أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث أو وكل انسانا يشتري له عبداً من سيده ثم ان الموكل باع العبد أو رهنه يعتقده لسيده الاول فبان ان تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه لانه تصرف صدر من اهله وصادف ملكه فصح كما لو علم ويحتمل ان لا يصح لانه اعتقده باطلا

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح تصرفه ويبطل خياره ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وكذلك بيعه وتصرفاته. ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها لم يصح لانه رهن مالا يملكه وكذلك لو رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه وللشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها . ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير اذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى الى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل لانه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح كما لو كان مجهولا حين العقد وكما لو رهنه اياها بعد اشتباهها، فان شرط قطع الاولى اذا خيف اختلاطها بالثانية صح ، فان كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغصوباً فبان ملكه نحو أن يرهن عبد ابنه فيبين أنه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث ، أو وكل إنسانا يشتري له عبداً فباعه الموكل ، أو رهنه يعتقده لسيده الاول وكان تصرفه بعد شراء وكيله ونحو ذلك صح تصرفه لانه صادف ملكا فصح كما لو علم ، ويحتمل أن لا يصح لانه اعتقده باطلا

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح الا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح ويبطل خياره . ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي ، ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها قبل الرجوع لم يصح لانه رهن مالا يملكه ، وكذلك رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لما ذكرنا، وفيه وجه لاصحاب الشافعي أنه يصح لان له استرجاع العين وتصرفه فيها يدل على الرجوع . ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمر شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الحمل الاول إلى محل يحدث الحمل الثاني على وجه لا يتميز لم يصح لانه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فأشبه ما لو كان مجهولا حين العقد ، وإن شرط قطع الحمل الاول إذا خيف اختلاطه بالثاني صح ، وإن كان الحمل المرهون بحق حال أو كان الثاني يتميز عن الاول إذا حدث فالرهن صحيح ، فان وقع التواني في قطع الحمل الاول حتى اختلط بالثاني وتعذر التمييز لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحا وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله فعلى هذا ان سمح الراهن بكون الثمرة رهنا كلها أو اتفقا

الاولى اذا حدثت فالرهن صحيح ، فان وقع التواني في قطع الاولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحاً، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله . فعلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهناً أو اتفقا على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق ، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح لان مافي يده ملك لسيده فقد صار حراً بشرائه إياه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين، وقال أصحاب الشافعي لا يصح اذا كان على الميت دين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون

على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك إلى حلول الحق ، وان رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح لان ما في يده لسيده فقد صار حراً بشرائه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين. وفيه وجه أنه لا يصح ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح إذا كان الدين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون . ولنا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقا فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون فان الحق تعلق باختياره وفي مسئلتنا تعلق بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق يثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية فانه لا يمنع رهنه ، فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ، وان لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لان حقهم سابق والحكم فيه كالحكم في الجاني، وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل ان وقع انسان أو بهيمة في بئر حفرها في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ، فان قضى الحق من غيره نفذ والا فسخ البيع والرهن وعلى الوجه الآخر لا يصح تصرفه والله أعلم

(فصل) ولا يصح الرهن والارتهان الا من جائز الامر وهو المكلف الرشيد غير المحجور عليه لصغر او سفه او فلس لانه نوع تصرف في المال فلم يصح من غير اذن من المحجور عليه كالبيع ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وانما هو الى اختيار الراهن ، فاذا لم

ولنا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون لان الحق تعلق به باختياره فأما في مسئلتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق ثبت من غير اثباته كالزكاة والجناية فلا يمنع رهنه فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله . وان لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لان حقهم أسبق والحكم فيه كالحكم في الجاني وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل أن وقع انسان أو بهيمة في بئر حفره في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ فان قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن

(فصل) قال القاضي لا يصح رهن العبد المسلم لكافر ، واختار أبو الخطاب صحة رهنه اذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم اذا امتنع مالكه وهذا أولى لان مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه صار مقبوضا)

وجملته أن المتراهنين اذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضيا به واتفقا عليه جاز وكان

يكن له اختيار صحيح لم يصح منه كالبيع ، فان جن احد المتراهنين قبل القبض او مات لم يبطل الرهن لانه عقد يؤول الى اللزوم فلم يبطل بجنون احد المتعاقدين او موته كالبيع في مدة الخيار . ويقوم ولي المجنون مقامه فان كان المجنون الراهن وكان الحظ فى التقبيض مثل ان يكون شرطاً في بيع يستضر بفسخه ونحوه اقبضه . وان كان الحظ في قبضه لم يجز له تقبيضه ، وان كان المجنون المرتهن قبضه وليه فاذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقبيضه لانهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك ، فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فللورثة تقبيض الرهن ، وان كان عليه دين سواه فظاهر المذهب انه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية اخرى ان لهم ذلك اخذاً مما نقل ابن منصور وابو طالب عن احمد انه قال : اذا مات الراهن او افلس فالمرتهن احق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت او قبله .قال شيخنا: وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لانه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها فكيف يعارض بها الخاص ، لكن يجوز ان يكون هذا الحكم مبنيا على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقبيضه على الراهن فكذلك على وارثه ويختص ذلك بغير المكيل والموزون وأما مايلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه لان الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس الراهن إذا قلنا إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم ، فان قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يختص المرتهن به ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه اليه فيتم الرهن ، وسواء فيما ذكرنا ما بعد الاذن في القبض وقبله لان الاذن يبطل بالجنون والموت والاغماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرتهن بمنه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على

وكيلا للمرتهن نائباً عنه في القبض فمتى قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضاً بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالايجاب والقبول . ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض ، وفارق القبول لان الايجاب اذا كان لشخص كان القبول منه لانه يخاطب به ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضا وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه ، إذا ثبت هذا فانه يجوز أن يجعلا الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلماً كان أو كافراً عدلا أو فاسقاً ذكراً أو أنثى ولا يجوز أن يكون صبياً لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيده لان منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن فان أذن له السيد جاز وأما المكاتب فان كان بجعل جاز لان له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد وإن كان بغير جعل لم يجز لانه ليس له التبرع بمنافعه

(فصل) فان جعلا الرهن في يد عدلين جاز ولهما إمساكه ولا يجوز لاحدهما الانفراد بحفظه .

ما أسلفنا ، وان أغمي عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقبيضه لان المغمى عليه لا تثبت عليه الولاية ، وإذا أغمي على المرتهن لم يكن لاحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن وانتظر إفاقته ، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين ، وإن لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض ، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن لان اذنهم يبطل بما عرض لهم

(مسئلة) (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم)

لا يلزم الرهن الا بالقبض ويكون قبل القبض رهنا جائزاً يجوز للراهن فسخه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وسواء في ذلك المكيل والموزون وغيره ، وقال بعض أصحابنا في غير المكيل والموزون رواية أخرى أنه يلزم بمجرد العقد كالبيع وقد نص عليه أحمد في رواية الميموني ، وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع ووجه الاولى قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ، ولانه عقد ارفاق يفتقر الى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض ولانه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن ، فعلى هذا إن تصرف الراهن فيه قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق ، أو جعله صداقا أو رهنه ثانيا بطل الرهن الاول سواء قبض الهبة والبيع والرهن الثاني أو لم يقبضه لانه أخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك ، وان دبره أو آجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد الرهن انبني على صحة رهن المكاتب ، فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل الرهن كالتدبير ، وان قلنا لا يجوز بطل الرهن كما لو أعتقه

(فصل) فان قلنا إن ابتداء القبض شرط في لزوم الرهن فاستدامة القبض شرط لانها احدى حالتي الرهن فأشبهت الابتداء ، وان قلنا إن الابتداء ليس بشرط في اللزوم فكذلك الاستدامة

(مسئلة) (فان اخرجه المرتهن الى الراهن باختياره زال لزوم الرهن)

وإن سلمه أحدهما الى الآخر فعليه ضمان النصف لانه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي . وفي الآخر اذا رضي أحدهما بامساك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ان كان مما ينقسم اقتسماه والا فلكل واحد منهما امساك جميعه لان اجتماعهما على حفظه يشق عليهما فحمل الامر على أن لكل واحد منهما الحفظ ، ولنا أن المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما فلم يجز لاحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك فانه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل

(فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للحاكم نقل الرهن عن يده لانهما رضيا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لان الحق لهما لم يعدهما . وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده ، وان تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن الحفظ أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده ذلك ويضعانه في يد من يتفقان عليه فان اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن

وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه باجارة أو اعارة أو إيداع أو غير ذلك ، فاذا عاد فرده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق لانه أقبضه باختياره فلزم به كالاول قال احمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهناً، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها اليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء . قال أبو بكر : لا تكون رهنا في تلك الحال ، فاذا ردها رجعت الى الرهن وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا التفريع على القول الصحيح، فاما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فاولى أن يقول الاستدامة غير مشروطة لان كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة ، وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم تشترط استدامته كالهبة

ولنا قول الله تعالى (فرهان مقبوضة) ولانها إحدى حالتي الرهن فكان القبض فيه شرطا كالابتداء ويفارق الهبة فان القبض في ابتدائها يثبت الملك فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء الدين من ثمنه، فاذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه وإن أزيلت يد المرتهن بغير حق كالغصب والسرقة أو إباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لان يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل

﴿مسئلة﴾ ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه ، فان تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق)

يصح رهن العصير لانه يصح بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجاني فان صار الى حال لا يخرج فيها عن المالية كالخل فهو رهن بحاله ، وان تخمر زال لزوم العقد ووجبت اراقته فان أريق بطل العقد ولا خيار للمرتهن لان التلف حصل في يده، فان عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت اليه وان استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لانه عقد ضعيف لعدم القبض فاشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول

فانكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . وان مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما امساكه الا بتراضيهما فان اتفقا على ذلك جاز وان اتفقا على عدل يضعانه على يده فلهما ذلك لان الحق لهما فيفوض أمره اليهما . فان اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل وإن كان الرهن في يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم الى العدل الآخر فيحفظان معاً

(فصل) ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله ، وبهذا قال الشافعي لانه أمين متطوع بالحفظ فلا يلزمه المقام عليه فان امتنعا أجبرهما الحاكم فان تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لان للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه ، ولو دفعه الى الامين من غير امتناعهما ضمن وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض وان امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن . وان امتنع أحدهما لم يكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن . والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما ، هذا فيما إذا كانا حاضرين فأما إذا كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه الى الحاكم

وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خمراً بعد القبض بطل الرهن أيضا ، ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا قول الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة :هو رهن بحاله لانه كانت له قيمة حال كونه عصيراً ويجوز أن تصير له قيمة فلا يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني، ولان اليد لم تزل عنه حكماً بدليل أنه لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده كان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أراقه،وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى الا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمراً .قال شيخنا : ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنا باستحالته خلا وأرى القول ببقائه رهنا أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد ،فان قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما فان أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين ،قلنا هناك مازالت الزوجية ولا بطل العقد ، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد الا بعقد جديد وأما العقد كان موقوفا مراعى ، فاذا أسلم في العدة تبينا انه لم يبطل وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وههنا قد جزمتم ببطلانه ، وعنه ان القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط ويلزم بمجرد العقد كالبيع ، فعلى هذا ان امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه كالبيع ، فان رده المرتهن على الراهن بعارية أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على رده لان الرهن صحيح والقبض واجب فيجبر عليه كبيعه

(فصل) واذا استعار شيئاً ليرهنه جاز ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج الى بيانه كاصل الرهن ومتى شرط شيئاً من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم

فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما فان لم يجد حاكما أودعه عند نفسه وليس له دفعه الى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم فان فعل ضمن فان لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة الى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فان لم يجد حاكما دفعه الى عدل وان كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لان ما دون مسافة القصر في حكم الاقامة وان كان أحدهما حاضراً والآخر غائبا فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه الى الحاضر منهما وفي جميع هذه الاقسام متى دفعه الى أحدهما لزمه رده إلى يده وان لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر

(فصل) اذا كان الرهن على يدي عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي فان عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا ينعزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه، وقال ابن أبي موسى ويتوجه لنا مثل ذلك فان أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فانه يشترط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله والاول هو المنصوص عنه لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من

يصح الرهن لانه لم يؤذن له فيه أشبه من لم يأذن في أصل الرهن وهذا إجماع حكاه ابن المنذر فان أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه صح لان من اذن في شيء فقد أذن في اقل منه وان رهنه بأكثر احتمل ان يبطل في الكل لانه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهنه بدراهم او بحال فرهنه بمؤجل او بالعكس فانه لا يصح وهذا منصوص الشافعي، واحتمل أن يصح في القدر المأذون فيه ويبطل في الزائد عليه لان العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فصح فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة، ويفارق ماذكرنا من الاصول فان العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فان الراهن قد يقدر على فكاكه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس، وقد يقدر على فكاكه باحد النقدين دون الاخر فيفوت الغرض بالمخالفة وفي مسئلتنا إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فان أطلق الاذن في الرهن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي، والآخر لا يجوز حتى يتبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيده والعارية ما أفادت المنفعة إنما حصلت له نفعا بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح

ولنا انها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن والدليل على أنه عارية أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة، وقولهم انه ضمان غير صحيح لان الضمان يثبت في الذمة وهذا يثبت في الرقبة، ولان الضمان لازم في حق الضامن وهذا له الرجوع في العبد قبل الرهن والزام المستعير بفكاكه بعده، وقولهم ان المنافع للسيد قلنا المنافع مختلفة فيجوز ان يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخيط لسيده او يعمل له شيئا او استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده، فان قيل لو كان عارية لما صح رهنه لان العارية لا تلزم والرهن لازم، قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فان لصاحب العبد

جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فانه لايصير لازما وكذلك لو مات الراهن بعد الاذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بثمنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما إن عزله المرتهن فلا ينعزل لان العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لايجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لولم يعزلاه فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد لان الاذن قد وجد مرة فيكفي كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يحتاج الى تجديد إذن لانه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والاول أولى فان الاذن كاف مالم يغير والغرض لااعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل مالو جدد الاذن له ، بخلاف المرتهن فان المبيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو من هذا

(فصل) ولو أتلف الرهن في يد العدل أجنبي فعلى الجاني قيمته يكون رهناً في يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فان كان المتراهنان أذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع قيمته لان له بيع نماء الرهن تبعاً للاصل فالقيمة أولى . وقال

المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين ، ولأن العارية قد تكون لازمة فيها اذا اعاره حائطا ليبني عليه او أرضا ليزرع فيها مالا يحصد قصيلا ، ثم هو منقوض بما اذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معين الى اجل معلوم . إذا ثبت ذلك فانه يصح رهنه بما شاء الى اي وقت شاء لان الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاكه حالا كان اومؤجلا في محل الحق وقبله لان العارية لا تلزم ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة او مثلها ان كانت من ذوات الامثال ولا يرجع بما بيعت سواء بيعت بأقل من القيمة او اكثر في احد الوجهين (والثاني) انها ان بيعت باقل من قيمتها رجع بالقيمة لان العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت بأكثر رجع بما بيعت به لان العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو اسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه ، فاذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولايلزم من ضمان النقص ان لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه فاما ان تلف الرهن فان الراهن يضمنه بقيمته سواء اتلف بتفريط او بغير تفريط نص عليه احمد لان العارية مضمونة

(فصل) وان فك المعير الرهن وأدى الدين الذي عليه باذن الراهن رجع عليه ، وإن قضاه متبرعا لم يرجع بشيء ، وان قضاه بغير إذنه محتسبا بالرجوع فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ويترجح الرجوع ههنا لان له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لانه لا يجربها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة ، قال بخمسة فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلا فقضاه حالا باذنه رجع به حالا ، وان قضاه بغير إذنه فقال القاضي يرجع به حالا أيضا لان له المطالبة بفكاك عبده في الحال

أصحاب الشافعي ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع مالم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضي أن يقول إنه قد أذن له في بيع الرهن والقيمة رهن يثبت لها حكم الاصل من كونه يملك المطالبة بها وإمساكها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فان كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك ايفاءه من القيمة لانها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت ثمن المبيع

(فصل) واذا أذنا للعدل في البيع وعينا له نقداً لم يجز له أن يخالفهما ، وإن اختلفا فقال أحدهما بعه بدراهم وقال الآخر بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقاً للراهن ملك اليمين وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الامر الى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ في ذلك والا ولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فان كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما فان تساويا فقال القاضي يبيع بما يؤديه اجتهاده اليه وهو قول الشافعي لانه الأحظ والغرض تحصيل الحظ فان تساويا باع بجنس

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لان تعيين ما يرهن به ليس شرطا فكذلك من يرهن عنده ، ولان رهنه من اثنين أقل ضرراً لانه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما إذا رهنه عند واحد ، فاذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين لم ينفك من الرهن شيء في أحد الوجهين لانه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد أشبه ما لو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لان كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهناً بأكثر منها كما لو قال له ارهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها ، فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له ، وان لم يكن عالما والرهن مشروط في بيع احتمل ان له الخيار لانه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ، واحتمل أن لا يكون له خيار لان الرهن سلم له كله بالدين كله وهو قد دخل على ذلك ، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه ، وان قضى نصف دين أحدهما انفك نصيب أحدهما على أحد الوجهين ، وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما

(فصل) ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهناها عند رجل مطلقا صح ، فان شرط أحدهما أني متى قضيت ما علي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر أو في قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لانه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لان في هذا الشرط نقصاً على المرتهن وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن ، فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضي جميع الدين فهو فاسد أيضاً لانه شرط أن يبقى الرهن محبوساً بغير الدين الذي هو رهن به ، لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن ؟ ذلك على وجهين وقد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض في الصحيح

الدين فان لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم مايبيعه به وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء متى خالف لزمه مايلزم الوكيل المخالف ، وذكر في البيع نساء رواية أخرى أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لايفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع ذلك وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقياً فان تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري

(فصل) ومتى قدرا له ثمناً لم يجز له بيعه بدونه وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدراهم والكلام معه في الوكالة فان أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل

(فصل) والقبض في الرهن كالقبض في البيع على ما ذكرناه ، فلو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وللراهن فيها قماش لم يمنع من صحة التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة ، وكذلك الدابة التي عليها حمل للراهن ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لانه حصل فيهما جميعاً فيكون موجوداً في الرهن منهما

(فصل) واذا رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه وان لم يحضر الشريك ،وان كان منقولا كالجواهر فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضى الشريك ، فان رضي الشريك تناولها المرتهن ، وان امتنع فرضي الراهن أو المرتهن بيد الشريك جاز وناب عن المرتهن في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن أقام الحاكم عدلا تكون في يده لهما ، وان سلمها الراهن الى المرتهن بغير اذن الشريك فتناولها وقلنا استدامة القبض شرط لم يكف هذا التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده والتعدي في غيره لا يمنع صحة القبض كما لو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب غيره فتناولهما جميعاً ، ولو رهنه ثوبا فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن ، فان تبين أنه الرهن صح القبض ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقينا

(فصل) ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية . ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع أشبه مالو كانا خارجين عنها، ولا يصح ما ذكره لان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها، ولانه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالا في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصباً أو نحوه صح الرهن لانه مالك

مما يتغابن الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لايضبط غالباً وإن كان النقص مما لايتغابن الناس به أو باع بأنقص مما قررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا، والاولى أنه لايصح البيع لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه مالو خالف في النقد

(فصل) واذا باع العدل الرهن باذنهما وقبض الثمن فتلف في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه امين فهو كالوكيل ولا نعلم فيهذا خلافا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة ومالك من ضمان المرتهن لان البيع لاجله

ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له فيقبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الامناء وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك وإن كلفناه البينة شق عليه وربما أدى الى أن لا يدخل الناس في الامانات فان خالفاه في قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لانه أمين والآخر لا يقبل لان هذا إبراء للمشتري من الثمن فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن، وان خرج المبيع مستحقا فالعهدة على الراهن دون العدل إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل وكذلك كل وكيل باع مال غيره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة العهدة على الوكيل والكلام معه في الوكالة ، فان علم المشتري

له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن ههنا بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما أنه لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ، ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهنا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها ، فان كان منقولا فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وان كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها ، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية ، وان كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوفيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان العقد يفتقر الى القبض ، والقبض انما يحصل بفعله أو بامكانه فيكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة ، فان تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير اذن كما لو كان في يد الراهن . واقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع امكان أخذه منه (والثاني) لايفتقر لان اقراره في يده بمنزلة اذنه في القبض ،فان أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) واذا رهنه المضمون على المرتهن كالمغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم أو في بيع فاسد صح وزال الضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يزول الضمان ويثبت حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه لانه أحد حالتي الرهن

بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل ، فان قيل فلم لا يرجع المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، فأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه والا سقط حقه . فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتا كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لأنهم متساوون فى ثبوت حقهم في الذمة فاستووا في قسمة ماله بينهم ، فاما ان خرج مستحقا بعد مادفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهماشاء من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه فاما ان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ووكيل ويرجع على الراهن . وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان المشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة وان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول أو ردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه ، وعلى قول الخرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد . فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن وان تلف العبد

ولنا أنه مأذون له فى امساكه رهنا لم يتجدد فيه منه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه ، وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محققة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد امانة ، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يدضامنة وهذان متنافيان ، ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب أو العارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيراً ، ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه ، وأما اذا تعدى فى الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيراً وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث مايوجبه فلم يثبت

(فصل) واذا رهنه عينين فتلفت احداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحا فيهما ، وانما طرأ انفساخ العقد فى احداهما فلم يؤثر فى الاخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما بعيب أو غيره والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها اذا قلنا ان الرهن لا يلزم الا بالقبض فان كان التلف بعد قبض الاخرى لزم الرهن فيها ، فان كان الرهن مشروطا فى بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله فان رضي لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن ، فان تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يثبت للبائع خيار فاذا تلف بعضه كان أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها ، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه ، فان امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الاخرى

(فصل) فاذا رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وانقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا فى بيع لتعيبها ونقص قيمتها

المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل وزن ثمنه فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالغصب وان لم يكن عالما فهل يستقر الضمان عليه أوعلى الغاصب ؟ على روايتين

(فصل) فان ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر فقال القاضي وأبو الخطاب يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن وليس بوكيل المرتهن في ذلك إنما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى أنه سلمه الى صاحب الدين ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رءوس مسائلهما يقبل قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره وهذا مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه ، وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمني وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر . فان رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت فان كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه اليه بغير بينة في غيبة الراهن ففيه روايتان (احداهما) يرجع الراهن عليه لانه مفرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه،

فان قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كعقد الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الخشب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد وارد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) ويجوز للمرتهن أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه ، فان وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن قبضا لان الرهن وثيقة يستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن ، فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة ، وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع الى البائع وعاء وقال كل لي حقي فيه ففعل كان قبضاً فيخرج ههنا مثله

(فصل) اذا أقر الراهن بتقبيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه فان أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكر وقال أقررت بذلك ولم أكن أقبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكره فالقول قول المقر له فان طلب المنكر يمينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لان الاقرار أقوى من البينة ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يجب اليها فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين ، وهو قول الشافعي وهو أولى لان العادة جارية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فكذلك تسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة بخلاف البينة فانها لا تشهد الا بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائبا فقال أقررت لان وكيلي كتب الي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه

ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقي . ومن أمر رجلا أن يدفع الى رجل مالا وادعى أنه دفعه اليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه لانه أمين في حقه سواء صدقه في القضاء أو كذبه الا أنه ان كذبه فله عليه اليمين

(فصل) إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده اليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئمانه زال بذلك فلم يفسد بفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها فانه رده إلى يد نائب مالكها فاشبه ما لوردها إلى مالكها

(فصل) واذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهنه خمراً لم يصح سواء جعله على يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله فان أبى قيل له اما أن تقبض واما ان تبريء لان أهل الذمة اذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر ولوهم بيعها وخذوا من أثمانها . وان جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لان ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يرهن مال من اوصى اليه بحفظ ماله الا من ثقة)

وجملته ان ولي اليتيم ليس له رهن ماله الا عند ثقة يودع ماله عنده لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع . قال القاضي ليس لوليه رهن ماله الا بشرطين (أحدهما) أن يكون عند ثقة (الثاني) أن يكون له فيه حظ وهو أن يكون به حاجة الى نفقة أو كسوة او انفاق على عقاره المتهدم أو أرضه او بهائمه ونحو ذلك وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كاسد يرجو نفاقه

ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . فاما ان اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول صاحب اليد لانه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وان كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه وان اختلفا في الاذن فقال الراهن : أخذته بغير اذني قال بل بأذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لان الظاهر معه فان العقد قد وجد ويده تدل على أنه بحق ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن، وهذا مذهب الشافعي ذكر القاضي هذين الوجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح الا العتق فانه يصح ويؤخذ منه قيمته فيجعل رهنا مكانه وعنه لا ينفذ عتق المعسر)

إذا تصرف الراهن بغير رضى المرتهن بغير العتق كالبيع والهبة والوقف والرهن ونحوه فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، وفى الوقف وجه آخر أنه يصح لانه يلزم لحق الله تعالى أشبه العتق. والصحيح الاول لانه تصرف لا يسري الى ملك الغير فلم يصح كالهبة فان أذن فيه صح وبطل الرهن الا أن يأذن فى البيع ففيه تفصيل نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول

فيجوز لوليه الاقتراض ورهن ماله ، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلاحظ له في الاقتراض فيبيع شيئا من أصول ماله ويصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من بيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئا من ماله والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء وكذلك الاب الا أن للاب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه على احدى الروايتين

(فصل) فاما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض ، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة وفي البيع ثلاث مسائل (احداهن) أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذها رهنا فهذا بيع فاسد لان بيعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة (الثانية) أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذ بها رهنا فهذا جائز لانه لو باعه بمائة نقداً جاز فاذا زاد عليها فقد زاده خيراً سواء قلت الزيادة أو كثرت (الثالثة) باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنا فهذا جائز أيضا ذكره القاضي وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لايجوز لانه تغرير بماله وبيع النقد أحوط له ولنا أن هذا عادة التجار وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح وهذا من جهاته والتغرير يزول بالرهن

(فصل) وحكم المكاتب فيماذكرنا حكم ولي اليتيم لان له أن يتصرف فيما في يديه فيما له فيه الحظ فأما المأذون فان دفع له سيده مالا يتجر فيه أو لم يدفع اليه فقال القاضي ليس له التصرف بالنسيئة لان ديونه تتعلق بذمة السيد فيتضرر بذلك لان الدين غرر بخلاف المكاتب

(فصل) ولو كان مال اليتيم رهنا فاستعاده الوصي لليتيم جاز ، وان استعاده لنفسه لم يجز لانه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لانه قبضه على وجه ليس له قبضه ، وإن فكه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وان فكه بمال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه فان قال استعدته لليتيم قبل قوله ، وان تلف قبل ذلك ضمنه وان قال استعدته لليتيم بعد هلاكه أو هلاك بعضه لم يقبل قوله لانا حكمنا بالضمان ظاهراً فلا يزول بقوله والأولى ان يقبل قوله لانه أمين وهو اعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف

الدين ، وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم . وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف . وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وسيأتي الكلام فيه

ولنا أنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على قبض ثمنه . إذا ثبت هذا فان المتراهنين ان لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع وكانت منافعه معطلة فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن فان اتفقا على اجارة الرهن وإعارته جاز ذلك في ظاهر قول الخرقي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبد من الرهن ولو عطلت منافعها لم تكن لها غلة. وقال ابن أبي موسى : ان أذن الراهن للمرتهن في اعارته أو اجارته صح والاجرة رهن وان أجره الراهن باذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين ولا يخرج في الآخر كما لو أجره المرتهن . وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لهما وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقا ولا يؤجراه ، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وقالوا اذا أجر الراهن باذن المرتهن كان اخراجا من الرهن لان الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

(فصل) ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه أو ولده الكبير صح لأنه لا ولاية له عليهما

(فصل) ولو أوصى الى رجل بقضاء دينه فرهن شيئا من تركته عند الغريم أو غيره ضمن لأنه لم يؤذن له في رهنها فضمن كما لو لم يوص اليه بقضاء دينه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي)

وجملة ذلك ان حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من رهن شيئا بمال فأدى بعض المال وأراد اخراج بعض الرهن ان ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وابو ثور واصحاب الرأي لان الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حراً . ويؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهنا)

وجملة ذلك أنه ليس للراهن عتق الرهن لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة فان أعتق نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي في أحد أقواله الا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق معسراً ، وعن احمد رواية أخرى لا ينفذ عتق المعسر ذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولأنه

ولنا أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا اجارته ولا اعارته فجاز اجماعهما كانتفاع المرتهن به ولان تعطيل منفعته تضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته ، ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم تمنع اجارتها كالعبد اذا ضمن باذن سيده ، ولا نسلم ان مقتضى الرهن الحبس بل مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به . ولو سلمنا بأن مقتضاه الحبس فلا يمنع كون المستأجر نائباً عنه في امساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من اصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها ، فاذا كان ماشية فاحتاجت الى اطراق الفحل فللراهن ذلك لان فيه مصلحة الرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر وان كانت فحولا لم يكن للراهن اطراقها بغير رضا المرتهن لانه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام الا أن يكون يتضرر بترك الاطراق فيجوز لانه كالمداواة له

(فصل) وليس للراهن عتق الرهن لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة وذلك اضرار به فان فعل نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي في أحد أقواله الا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق موسرا . وعن أحمد انه لا ينفذ عتق

عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له من عبد، وقال عطاء والبتي وأبو ثور لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لانه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع

ولنا انه أعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع ، والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعليقه على الشروط بخلاف البيع ، اذا ثبت هذا فانه ان كان موسراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً لانه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو ابطلها أجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهنا لانها نائبة عن العين وبدل عنها ، وان كان معسراً فالقيمة في ذمته فان ايسر قبل حلول الحق أخذت منه القيمة فجعلت رهناً الا ان يختار تعجيل الحق فيقضيه ولا يحتاج الى رهن وان ايسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً ، والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق لانه حال الاتلاف وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه ايجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه والزام الغرم لمن وجد منه الاتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) وان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد اذن فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لانه اذن فيما ينافي حقه فاذ

المعسر وذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لان عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن و بدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولانه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له في عبد، وقال عطاء والبتي وأبو ثور: لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لانه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن أشبه البيع

ولنا انه اعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعليقه على الشرط بخلاف البيع. اذا ثبت هذا فان كان موسراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهنا لانه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو أبطلها اجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهنا لكونها نائبة عن العين وبدلا منها وان كان معسراً فهي في ذمته فان أيسر قبل حلول الحق أخذت منه فجعلت رهنا إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيه ولا يحتاج الى رهن وان أيسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً والاعتبار بقيمة العبد حال العتق لانه وقت الاتلاف وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه ايجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه فكان الزام الغرم للمتلف أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) فان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافا في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد أذن ويسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لانه اذن فيما ينافي حقه فاذا

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل : فان رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه كان كمن لم يأذن وان لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه . وان رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول ورثة المرتهن أيضاً الا أن أيمانهم على نفي العلم لانها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه، وان لم يحلف قضي عليه بالنكول

(فصل) وان تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن لانه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالعتق ، وان زوج الام المرهونة لم يصح وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي ، وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح ، وللمرتهن منع الزوج من وطئها ومهرها رهن معها وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن الامة المزوجة ولان الرهن لا يزيل الملك فلا يمنع التزويج كالاجارة . ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بضعها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها في الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصا كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل فان رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه بطل الاذن وان لم يعلم برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ،وان رجع بعد العتق لم ينفعه الرجوع والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن،وان اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول الورثة أيضا الا أن أيمانهم على نفي العلم لانها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه وان لم يحلف قضي عليه بالنكول

﴿مسئلة﴾ (وليس عليه تزويج الامة المرهونة فان فعل لم يصح)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي .وقال القاضي وجماعة من اصحابنا يصح وللمرتهن منع الزوج من وطئها لحق المرتهن حتى لا تخرج عن يده فيفوت القبض ومهرها رهن معها لانه من نمائها وبسببها فكان رهنا معها كأجرتها وسائر نمائها ، وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن المزوجة ولان الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالاجارة ، ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضى المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بضعها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليها تمكين زوجها من الاستمتاع بها ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع يتناول جملتها ، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها

يتناول جملتها ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها وانما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة . ويفارق الرهن الاجارة فان التزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها فان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكماله

(فصل) ولا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه له وطء الآيسة والصغيرة لانه لا ضرر فيه فان علة المنع الخوف من الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف وهذا معدوم فيهما . وأهل العلم على خلاف هذا قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ان للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة ولان سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية، ولان الذي تحبل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف ، وان وطيء فلا حد عليه لانها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها فأشبه ما لو استخدمها . وان تلف جزء منها أو نقصها مثل أن افتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهناً معها وان شاء جعله قضاء من الحق أن لم يكن حل . فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة في جعله رهنا ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه

وانما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة . ويفارق الرهن الاجارة فان التزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها لان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فيتعذر استيفاء العين بكماله

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء الجارية فاولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهنا)

لا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي له وطء الآيسة والصغيرة لكونه لا ضرر فيه فان علة المنع خوف الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج من الرهن أو تتعرض للتلف ، وهذا معدوم فيهما وسائر أهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة ولان سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية ولان الوقت الذي تحمل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف ، فان وطيء فلا حد عليه لانها ملكه وانما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها اذا كانت ثيبا فأشبه مالو استخدمها وان تلف جزء منها أو نقصها مثل أن افتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهنا معها وان شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة فى جعله رهنا ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فيما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضا من الرهن وأخذ منه قيمتها فتكون رهنا)

وجملته ان الراهن إذا وطيء أمته المرهونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر الا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها والمعسر يكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق وهذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال له لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرتهن فأما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن، ولو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها لانها حامل بحر فاذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ ، فان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقي حكم الاستيلاد فاذا مات الراهن عتق وان رجع هذا المبيع الى الراهن بارث أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو بيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد ، وقال مالك : إن كانت الامة تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا ان هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنافاه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وإن لم تحبل فهي رهن بحالها فان قيل انما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا : الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالاذن في سببه إذن فيه فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن . وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره ،

(فصل) فان أولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته يوم جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر الا أن الموسر تؤخذ منه قيمتها والمعسر تكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرتهن ، فأما في حق الراهن فهو ثابت فلا يجوز له أن يهبها للمرتهن، ولو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها لانها حامل بحر فاذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ ثم ان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين ويثبت للباقي حكم الاستيلاد فاذا مات الراهن عتق. وان رجع المبيع الى الراهن ببيع أوغيره أو بيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد ، وقال مالك ان كانت الامة تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان اذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وان لم تحبل فهي رهن بحالها ، فان قيل انما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالاذن في سببه

وان أقر المرتهن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتهن بالاذن (والثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (والرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لايلتفت الى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لانا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فان أنكر شرطا من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال ليس هذا ولدها وانما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه لان ذلك تولد من المأذون فيه كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد لان الاصل عدم الحمل فان بانت حائلا أو حاملا بولد لايلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك ان كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل ان وطئها

اذن فيه ، فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره وإن أقر المرتهن بالاذن وانكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن باربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتهن بالاذن (الثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (الرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت الى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لانا لم نلحقه به بدعواه : بل بالشرع ، فان أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت ، أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت ، أو قال ليس هذا ولدها انما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه لان ذلك تولد من المأذون فيه فهو كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) واذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة الرهن لان الاصل عدم الحمل ،فان بانت حائلا أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله ، وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل إن وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بما تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وإن كان مشروطاً في بيع لانه دخل مع العلم بانها قد لا تكون رهنا ، فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض اذا مات والجاني اذا اقتص منه وهذا قول أكثر الشافعية ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض . ولنا أن اذنه في الوطء اذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لانه أقر بما يفسخ عقداً لازما لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمة

وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وان كان مشروطاً في بيع لانه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهناً فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجانى إذا اقتص منه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لايثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض . ولنا أن إذنه في الوطء إذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لانه أقر بما يفسخ عقداً لازما لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها . ويحتمل ان يقبل لانه أقر فى ملكه بما لاتهمة فيه لانه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن . والاول اصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما إذا اقر بأنه غصبها أو انها كانت جنت جناية تعلق ارشها برقبتها وللشافعي في ذلك قولان ، وان اقر انه اعتقها صح إقراره وخرجت من الرهن ، وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي فى احدقوليه : لايقبل بناء على انه لا يصح اعتاقه للرهن . ولنا أنه لو اعتقه لنفذ عتقه فقبل إقراره بعتقه كغير الرهن ، ولان إقراره بعتقه يجري مجرى عتقه فأشبه مالو قال

فيه لانه يستضر من ذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن والاول أصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أذن المرتهن في بيع أو هبة أو نحو ذلك صح وبطل الرهن الا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنا أو يعجل دينه من ثمنه)

وجملة ذلك أنه متى أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن أو هبته أو وقفه ففعل صح لان المنع كان لحقه فجاز باذنه ويبطل الرهن لان هذا تصرف ينافي الرهن فلا يجتمع مع ما ينافيه الا البيع فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يأذن له في بيعه بعد حلول الحق فيصح ويتعلق حق المرتهن بثمنه ويجب قضاء الدين منه لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه (الثاني) أنه يأذن له قبل حلوله مطلقا فيبيعه فيبطل الرهن ولا يكون عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فأشبه مالو اذن في عتقه وللمالك اخذ ثمنه وبه قال الشافعي . وقال ابو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهناً لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب ان يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي : حق المرتهن يتعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب ان يتعلق به كما لو اتلفه متلف

ولنا انه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن ، فاذا اذن فيه اسقط حقه كالعتق . ويخالف مابعد الحلول لان المرتهن يستحق البيع . ويخالف الاتلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال أنما اردت باطلاق الاذن ان يكون ثمنه رهنا لم يقبل قوله لان اطلاق الاذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن ، وبهذا قال الشافعي (الثالث) ان يأذن فيه بشرط ان يجعل ثمنه رهنا مكانه او يعجل له دينه من ثمنه فيجوز ويلزم ذلك لانه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز فكذلك قبله وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان اقر بالاذن واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا او تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل ان يقدم قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة

﴿ مسئلة ﴾ (ونماء الرهن وكسبه وارش الجناية عليه من الرهن)

انت حر . ويتخرج ان لا ينفذ إقرار المعسر بناء على انه لا ينفذ إعتاقه ، وكل موضع قلنا القول قول الراهن فقال القاضي ذلك مع يمينه لان كذبه محتمل ، ويحتمل ان لا يستحلف لانه لو رجع عن إقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه ، واختلف اصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين . والصحيح عندي انه إذا أقر بالعتق لم يستحلف لان ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج إلى يمين كما لو صرح به ، وإن أقر بالغصب والجناية فانه إن لم يدع ذلك المغصوب منه والمجني عليه لم يلتفت إلى قول الراهن وجهاً واحداً ، وان ادعياه فاليمين عليهما لان الحق لهما ورجوعهما عنه مقبول فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى ، وإن أقر باستيلاد أمته فعليه اليمين لان نفعها عائد اليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ماقبلها . وإن قلنا القول قول المرتهن فعليه اليمين بكل حال لانه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ويمينه على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير فاذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة اليه وبقي حكمها في حق الراهن بحيث لو عاد اليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره وإن أراد المجني عليه أو المغصوب منه أن يغرماه في الحال فلهما ذلك لانه منع من استيفاء الجناية بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله

وجملة ذلك ان نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالاصل واذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الاصل ، وسواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمر واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي والشعبي .وقال الثوري واصحاب الراي يتبع النماء ولا يتبع الكسب لان الكسب لا يتبع في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعتاق مال الراهن . وقال مالك : يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالاصل يستوفى من ثمنه فلا يسري إلى غيره كحق جنايته حتى قال الشافعي لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج لا يدخل في الرهن ، وخالفه أبو ثور وابن المنذر واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وانما يكون رهنا كسائر ماله

ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المال فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولان النماء حادث من غير الرهن فيدخل فيه كالمتصل ، ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد . ولنا على مالك أنه نماء حادث من غير الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد ، وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء ، وأما الحديث فنقول به ، وأن غنمه وكسبه ونماءه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله ، وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ماثبت فيه لانه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص ، ولان السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه . وأما ارش الجناية على الرهن فيتعلق بها حق المرتهن لانها بدل جزء منه فكانت من الرهن كقيمته اذا أتلفه انسان وهذا قول الشافعي وغيره

(فصل) واذا ارتهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن مايتبع في البيع ، فان كان في الارض

(فصل) ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعا لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة ولا ملك يمين ، فان وطئها عالما بالتحريم فعليه الحد لانه لاشبهة له فيه فان الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ولان وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى ، فان ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً إباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لان اعتقاده الحل منع انخلاق الولد رقيقاً ففوت رق الولد على سيدها فلزمته قيمته كالمغرور بحرية أمة ، وإن لم يحتمل صدقه كالناشيء ببلاد الاسلام مختلطا بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لايخلو ممن يسمع منه مايعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل، وولده

شجر فقال رهنتك هذه الارض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل، وان لم يذكر ذلك فهل يدخل في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع ، وان رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لاتدخل في البيع . وإن لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لاتدخل بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لان الرهن عنده يصح على الاصل دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لاتدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافعي انه عقد على الشجر فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع ، وكذلك الحمل وسائر مايتبع في البيع لانه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع ، ولو كان الرهن داراً فخربت كانت أنقاضها رهنا معها لأنها من اجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ، ولو رهنه أرضا فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بغير فعله لانه من نمائها

﴿ مسئلة ﴾ (ومؤنته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه ان كان مخزونا)

مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن، وبهذا قال مالك والشافعي والعنبري واسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لانه من مؤنة امساكه وارتهانه . ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » رواه الدارقطني وقال اسناد جيد متصل ، ولانه نوع انفاق فكان على الراهن كالطعام ، ولان الرهن ملك الراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن . وإن احتيج الى مداواته لمرض أوجرح فذلك على الراهن ، وعند أبي حنيفة هو كأجرة من يرده من اباقه وبنى ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده ويأتي الكلام على ذلك فيما بعد ، فان مات العبد كانت مؤنة تجهيزه وتكفينه ودفنه على الراهن لان ذلك تابع لمؤنته . فان كل من لزمته مؤنة شخص في حياته لافي مقابلة نفع كانت مؤنة تجهيزه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والاقارب من الاحرار

(فصل) وان كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وان احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لانه يحتاج الى أن يستبقيها رهنا حتى يحل الحق ،

رقيق للراهن لانه من زنا . ولا فرق في جميع ماذكرنا بين أن يكول الوطء باذن الراهن أو بغير إذنه وهذا المنصوص عن الشافعي . ويحتمل أن لاتجب قيمة الولد مع الاذن في الوطء وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت منه سقط حقه من الرهن . ولو أذن في قطع أصبع فسرت إلى أخرى لم يضمنها، ووجه الاول أن وجوب الضمان يمنع انخلاق الولد رقيقاً وسببه أعتقاد الحل وما حصل ذلك باذنه بخلاف الوطء فان خروجها من الرهن بالحمل الذى الوطء المأذون فيه سبب له ، وأما المهر فان كان الوطء بأذن الراهن فلا مهر له ، وقال أبو حنيفة يجب لانه يجب لها ابتداء فلايسقط باذن غيرها ، وعن الشافعي كالمذهبين . ولنا أنه أذن في سببه وهوحقه فلم يجب كما لوأذن في قتلها ولان المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة وإن كان بغير إذنه فالمهر واجب سواء أكرهها أو طاوعته

وإن كان حالا بيعت ولم يحتج الى تجفيفها ، فان اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهنا بالحق المؤجل جاز وان اختلفا قدم قول من يستبقيها بعينها لان العقد يقتضي ذلك الا ان يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطبا فيباع ويجعل ثمنه رهنا ، وان اتفقا على قطع الثمرة فى وقت جاز سواء كان الحق حالا أو مؤجلا ، أوكان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لا يخرج عنهما ، وان اختلفا قدم قول من طلب الاصلح ان كان ذلك قبل حلول الحق ، وان كان الحق حالاقدم قول من طلب القطع لانه ان كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم اجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب بتبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً .ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ، ويحتمل أن ينظر فى الثمرة فان كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها لان ذلك اتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره ليبيع أنقاضها ، ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها، فان كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال لما فيه من اضاعة المال والله أعلم

(فصل) فان كان الرهن ماشية تحتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونه زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعيا لان ذلك يجري مجرى علفها فان اراد الراهن السفر بها ليرعاها فى مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تماسك به فللمرتهن منعه لان فى السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وان اجدب مكانها فلم تجد ما تماسك به فللراهن السفر بها لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا انها تكون في يد عدل يرضيان به او ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها ، فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها وضياع حقه من الرهن ، وان أرادا جميعا السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الا صلح فان استويا قدم قول المرتهن، وعند الشافعي يقدم قول الراهن وان كان الاصلح غيره لانه املك بها الا أنه يكون مأواها الى يد عدل . ولنا ان اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وايهما اراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء اراد نقلها الى مثله او اخصب منه اذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز سواء كان انفع لها اولا لان الحق لا يخرج عنهما

وقال الشافعي لايجب المهر مع المطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي ولان الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة

ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو اذنت في قطع يدها ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه فكان عليه عوضها كالو اكرهها وكأرش بكارتها لو كانت بكراً والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهة عليه فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصنا) وقولهم لايجب الحد والمهر قلنا لايجب المهر لها وفي مسئلتنا لايجب لها وانما يجب لسيدها ويفارق الحرة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد اسقطت حقها باذنها وههنا المستحق لم يأذن ولان الوجوب في حق الحرة باكراهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي ان يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل او غير معتقد له أو ادعى

(فصل) وان كان عبداً يحتاج الي ختان والدين حال او اجله قبل برئه منع منه لانه ينقص ثمنه وفيه ضرر، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لايخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد في الثمن ولا يضر بالمرتهن ومؤنة ختانه على الراهن، وان مرض فاحتاج الى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة، وان اراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، فان كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه لانه لا يأمن تلفه، وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى توديج ومعناه فتح الودجين ليسيل الدم وهما عرقان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبزيغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك مالم يخف منه ضرر، وان احتيج الى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز، وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر، وان كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لامن قطعها، وان كان به خبيثة فقال اهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن قطعها والا فلا، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحا فيه لم يترجح احداثه، وان كانت به سلعة او اصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لايخاف منه، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجى نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع، وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه. وقال القاضي: له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ملكه، وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه، ولو اراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره، وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة ومايسقط من ليف اوسعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من اجزائه او من نمائه، وقال اصحاب الشافعي ليس من الرهن بناءا منهم على ان نماء الرهن ليس منه. ولا يصح ذلك ههنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وانقاض الدار وان كان الرهن كرما فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن، وان كان الشجر

شبهة او لم يدعها لان المهر حق آدمي فلا يسقط بالشبهات ولا تصير هـذه الامة ام ولد للمرتهن بحال سواء ملكها بعد الوضع او قبله وسواء حكمنا برق الولد او حريته لانه احبلها في غير ملكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا جنى العبد المرهون فالمجني عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستو في حقه فان اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله)

وجملته ان العبد المرهون إذا جنى على إنسان او على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لا نعلم في هذا خلافا. وذلك لان الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن . فان قيل فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك. قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ماثبت بعقده ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لايسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى فان كانت جنايته موجبة للقصاص فلولي الجناية استيفاؤه، فان اقتص سقط

مزدحما وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك ، وان اراد تحويله كله لم يملك ذلك ، وان قيل هو الاولى لانه قد لايعلق فيفوت الرهن . وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبرعليه لانه لايلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع منها أجبره الحاكم عليها فان لم يفعل اكترى الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكترى من الرهن ، فان بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء ، وان كان باذن الراهن محتسبا بالرجوع رجع ، فان أنفق باذن الراهن ليكون الرهن رهنا بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصر رهنا بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن انفقت متبرعا وقال المرتهن بل أنفقت محتسبا بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها وعليه اليمين لان ماقاله الراهن محتمل ، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها سواء أنفقها محتسبا أومتبرعاً

﴿ مسئلة ﴾ (وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه)

وجملة ذلك أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن فان كان تلفه بتعد أو تفريط في حفظه ضمنه لا نعلم في ذلك خلافا لانه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة فاما ان تلف بغير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ،وروي عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان اكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن ، وان ادعى تلفه بامر خفي لم يقبل قوله ويضمن ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمنه المرتهن باقل الامرين من قيمته أو قدر الدين ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال « ذهب حقك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها

الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فان اختار فداءه فبكم يفديه ؟ على روايتين (إحداهما) بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لانه إن كان الارش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لان ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه (والثانية) يفديه بأرش جنايته بالغا ما بلغ لانه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فاذا فداه فهو رهن بحاله لان حق المرتهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق المجني عليه لقوته، فاذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن في تركة مفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر، فان امتنع قيل للمرتهن أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه فان اختار فداءه فبكم يفديه ؟ على الروايتين فان فداه باذن الراهن رجع به عليه لانه أدى الحق عنه باذنه فرجع به كما لو

من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفي، ولانه محبوس بدين فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

ولنا ماروى ابن أبي ذؤيب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال « لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه» رواه الاثرم عن احمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذؤيب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذؤيب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه وباقيه سواء » قال ووصله ابن المسيب عن ابي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة ولانه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، ولانه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه امانة كالوديعة، وعلى مالك ان ما لا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة فأما حديث عطاء فهو مرسل وقوله يخالفه. قال الدار قطني يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذابا وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا، ويحتمل انه اراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل انه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الرهن، والحديث الآخر ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه، وأما المستوفى فانه صار ملكاً للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والمبيع قبل القبض ممنوع اذا ثبت ذلك فانه لا يسقط بهلاكه شيء من دينه وهو قول الشافعي لان الدين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله

(مسئلة) (وان تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين)

لان جميعه كان رهناً بجميع الدين، فاذا تلف البعض بقي البعض الآخر رهناً بجميع الدين لان الاصل بقاء ما كان على ما كان، ولان الباقي بعض الجملة، وقد كان الجميع رهنا فيكون البعض رهنا لانه من الجملة

(فصل) واذا قضاه حقه وابرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يد المرتهن، وبه قال الشافعي وقال أبوحنيفة إذا قضاه كان مضمونا واذا ابرأه لم يكن مضمونا استحسانا وهذا مناقضة لان القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه، وعندنا انه كان امانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه رده لانه امسكه باذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فانه يختص بنفعها وبخلاف ما لو أطارت الريح الى داره ثوباً فانه يلزمه رده الى مالكه لان مالكه لم يأذن في امساكه، فاما ان طلبه المالك في

قضى دينه باذنه وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على مالو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد في الفداء على الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً، ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه به بغير إذنه قولا واحداً، وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولا واحداً وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر في غير هذا الموضع فان فداه وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الاول فقال القاضي يجوز ذلك لان المجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ولان أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن ، ويحتمل أن لا يصح لان العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانياً بدين سواه كما لو رهنه بدين سوى هذا وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداه لم يرجع بالفداء، وإن فداه الراهن أو بيع

هذه الحال لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه، فان امتنع صار ضامنا كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة بعد طلبها فان كان امتناعه لعذر مثل ان يكون بينهما طريق مخوف او باب مغلق لا يمكنه فتحه او خاف فوت جمعة او جماعة أو فوت وقت صلاة او كان به مرض او جوع شديد ونحوه فأخر التسليم لذلك لم يضمن لانه لا تفريط منه اشبه المودع

(فصل) واذا قبض الرهن فوجده مستحقا لزمه رده على مالكه والرهن باطل من اصله ، فان امسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر الضمان عليه وللمالك تضمين ايهما شاء ، فان ضمن المرتهن لم يرجع على احد لذلك ، وان ضمن الراهن رجع عليه ، وان لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يستقر الضمان عليه ايضا لان مال الغير تلف تحت يده العادية اشبه ما لو علم (والثانى) لاضمان عليه لانه قبضه على انه امانة من غير علمه فهو كالوديعة ، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (الثالث) للمالك تضمين ايهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب لانه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية امة

﴿مسئلة﴾ (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع الدين)

وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من رهن شيئا بمال فأدى بعض المال واراد اخراج بعض الرهن ان ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة .

﴿مسئلة﴾ (وان رهنه عند رجلين فوفى احدهما انفك في نصيبه)

إذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه فمتى وفى احدهما خرجت حصته من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً فان اراد مقاسمة المرتهن واخذ نصيب من وفاه ، وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون فله ذلك ، وان كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لان على المرتهن ضرراً فيها ويقر

في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في ان الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى ، وإذا لم يفد الجاني فبيع في الجناية التي تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن إلا ان يتعذر بيع بعضه فيباع الكل و يجعل بقية الثمن رهناً ، وقال ابو الخطاب هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن ارش جنايته رهناً ؟ على وجهين

(فصل) وان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (احدهما) ان تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ او شبه العمد او اتلاف مال فيكون هدراً لان العبد مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) ان تكون موجبة للقود فلا تخلو من ان تكون على النفس او على مادونها فان كانت على مادون النفس فالحق للسيد فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك

في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة ، وقال ابو الخطاب فيمن رهن عبده عند رجلين فوفى احدهما يبقى جميعه رهنا عند الآخر حتى يوفيه ، وكلامه محمول على انه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى ان العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز ان يقال انه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنا

(مسئلة) (وان رهنه رجلان شيئا فوفاه احدهما انفك في نصيبه)

لما ذكرنا وقد قال احمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على الف فقضاه احدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي وهذا من كلام احمد محمول ايضاً على انه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى ان العين كلها تكون رهناً عند الآخر لانه انما رهنه نصفها

(فصل) ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهذه اربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهنا بمائتين وخمسين فمتى قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر ذكره القاضي وهو الصحيح

(مسئلة) (واذا حل الدين وامتنع من وفائه فان كان الراهن اذن للمرتهن او العدل في بيع الرهن باعه ووفى الدين والا رفع الامر الى الحاكم فيجبره على وفاء الدين او بيع الرهن فان لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملة ذلك انه اذا حل الدين لزم الايفاء لانه دين حال فلزم إيفاؤه كالذي لا رهن به فان لم يوف وكان قد اذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه لان هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه باذن صاحبه في قضاء دينه فصح كما في غير الرهن ومافضل من ثمنه فهو للمالك وان فضل من الدين شيء فعلى الراهن وان لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء أو بيع الرهن فان أبى فعلى الحاكم مايرى من حبسه أو تعزيره ليبيعه أو يبيعه الحاكم بنفسه أو نائبه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير اذنه . ولنا أنه حق تعين عليه فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالايفاء من جنس الدين وان وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان شرط في الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن)

ان عفا على غير مال ، وان احب ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه ولان القصاص يجب للزجر والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه وقضاء عن الدين لانه يخرجه عن كونه رهناً باختياره فكان عليه بدله كما لو اعتقه ، وان كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضي وجهاً آخر ان لهم ذلك لان الجناية حصلت في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على اجنبي ، وللشافعي قولان كالمذهبين فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه

(فصل) وان جنى العبد المرهون على عبد لسيده لم يخل من حالين (احدهما) ان لا يكون مرهونا فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته موجبة له وان عفا على مال او غيره

وجملة ذلك أن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضياه واتفقا عليه جاز وكان وكيلا للمرتهن نائبا عنه في القبض فمتى قبضه صح قبضه وقام مقام قبض المرتهن في قول أكثر الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والثوري وابن المبارك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضا بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بالمتعاقدين كالايجاب والقبول

ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض وفارق القبول لان الايجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لانه مخاطب به ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه . إذا ثبت هذا فانه يجوز أن يجعلا الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلما كان أو كافراً عدلا أو فاسقاً ذكراً أو انثى ولا يكون صبيا لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً ولا عبداً بغير اذن سيده لان منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير اذنه فان أذن له السيد جاز . وأما المكاتب فيجوز بجعل لان له الكسب وبذل منافعه بغير اذن السيد ولا يجوز بغير جعل لانه ليس له التبرع بمنافعه .

﴿مسئلة﴾ (فان شرط جعله في يد اثنين فليس لاحدهما الانفراد بحفظه)

لان المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما معاً فلم يجز لاحدهما الانفراد به كالوصيين فان سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لانه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وفي الآخر إذا رضي أحدهما بامساك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقسم اقتسماه والا فلكل واحد منهما امساك جميعه لان اجتماعهما على حفظه يشق عليهما فحمل الامر على أن لكل واحد منهما الحفظ

ولنا أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً فلم يجز لاحدهما الانفراد بذلك كالوصيين ولا يجوز لاحدهما الانفراد بالتصرف . قولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ممنوع لامكان جعله في مخزن عليه لكل واحد منهما قفل

﴿مسئلة﴾ (وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل الا ان يتغير حاله)

أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدراً وسواء كان المجني عليه قناً أو مدبراً أو أم ولد (الحال الثاني) أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو عند غيره فان كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمته للمقتص منه فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهناً بحق واحد فجنايته هدر لان الحق يتعلق بكل واحد منهما فاذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر، وإن كان كل واحد منهما مرهوناً بحق مفرد ففيه أربع مسائل (إحداها) أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدراً سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون احدهما بمائة دينا والآخر بألف درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لانه لا فائدة في اعتبار الجناية (المسألة الثانية) أن يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة. فان

وجملة ذلك أن العدل مادام بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه و بين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن يده لانهما رضيا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لان الحق لهما لم يعدهما وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده، فان تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بينه وبين أحدهما فمن طلب نقله عن يده له ذلك ويضعانه في يد من اتفقا عليه . فان اختلفا وضعه الحاكم عند عدل وان اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما ظهر له، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده الى الحاكم ليضعه في يد عدل، واذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فانكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له. فان مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما امساكه الا برضاهما فان اتفقا عليه جاز، وان اتفقا على عدل يضعانه عنده فلهما ذلك لان الحق لهما فيفوض أمره اليهما . وان اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل فان كان الرهن في يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسخ او ضعف عن الحفظ أو عداوة اقيم مقامه عدل يضم الى العدل الآخر فيحفظان معا

﴿ مسئلة ﴾ (وله رده اليهما ولا يملك رده الى احدهما فان فعل فعليه رده إلى يده فان لم يفعل ضمن حق الآخر)

وجملة ذلك ان العدل متى أراد رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله لانه أمين متطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه فان امتنع أجبرهما الحاكم فان تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لان للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه فان دفعه إلى أمين من غير امتناعهما ضمن الامين وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذلك لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض فان امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن. وان امتنع أحدهما لم يكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن . والفرق بينهما ان أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما اذا كانا حاضرين .
فان كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه دفعه إلى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما . فان لم يجد حاكما أودعه عند ثقة وليس له ان يودعه عند ثقة مع وجود الحاكم فان فعل ضمن . فان لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة قبضه الحاكم منه فان لم

كان دين القاتل اكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض فيه وإن كان دين المقتول اكثر نقل إلى القاتل لان للمرتهن غرضاً في ذلك ، وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنا مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لا يباع لانه لا فائدة فيه (والثاني) يباع لانه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فان عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك (المسئلة الثالثة) أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين، فان كانت قيمة المقتول اكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله ، وإن كانت قيمة الجاني أكثر بيع منه بقدر جنايته يكون رهناً بدين المجني عليه والباقي رهن بدينه . وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين اليه صار مرهوناً بهما ، فان حل أحد الدينين بيع بكل حال لانه إن كان دينه المعجل بيع ليستوفى من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر فان كان المعجل الآخر بيع ليستوفى منه بقدره والباقي رهن بدينه (المسئلة الرابعة)

يجد حا كما دفعه الى عدل ، وان كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لانهما في حكم الاقامة ، وان كانا أحدهما حاضراً وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه الى الحاضر منهما وفي كل موضع قلنا لا يجوز له دفعه إلى أحدهما اذا دفعه اليه لزمه رده إلى يده فان لم يفعل ضمن حق الآخر لانه فرط في دفعه اليه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » رواه أبو داود والترمذي والنسائي

﴿ مسئلة ﴾ (فان أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد فان كان فيه نقود باع بجنس الدين)

وجملة ذلك انهما إذا أذنا للعدل في البيع ولم يعينا نقداً لم يبع الا بنقد البلد لان الحظ فيه فان كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك . فان تساووا فقال القاضي يبيع بما يؤديه اليه اجتهاده وهو قول الشافعي لانه الاحظ. فان تساووا بيع بجنس الدين . والذي ذكره شيخنا ان النقود اذا تساوت قدم البيع بجنس الدين على البيع بما يرى فيه الحظ لانه يمكن القضاء منه . فان لم يكن فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده في الحظ عين الحاكم له ما يبيعه به ، وان عينا له نقداً لم يجز أن يخالفهما لان الحق لهما ، وان اختلفا لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقا للراهن ملك الثمن وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الامر الى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ في ذلك ، قال شيخنا والاولى انه يبيعه بما يرى الحظ فيه . فان كان في البلد نقود فهو كما لو لم يعينا نقداً وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء ، ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف ، وذكر القاضي رواية في البيع نساء أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لايفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك . وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن . وكل موضع حكمنا ببطلان البيع وجب رد المبيع ان كان باقياً فان تعذر فللمرتهن تضمين أيهما شاء من العدل أو المشتري بأقل الامرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما. وان استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان

أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه وإلا فلا ، وأما إن كان المجنى عليه رهناً عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتص بطل الرهن في المجنى عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه تكون رهناً لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . وللسيد العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال في رقبة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى ، فان كان الارش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهناً عند مرتهن المجنى عليه وباقيه باق عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهناً عند الآخر

العين تلفت في يده ، وان ضمن العدل رجع على المشتري

(فصل) ومتى قدر له ثمنا لم يجز بيعه بدونه وان أطلق فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدرهم والكلام معه في الوكالة : فان أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالباً وان كان النقص أكثر من ذلك أو باع بأنقص مما قدر له لم يصح البيع لانه بيع لم يؤذن فيه فلم يصح كما لو خالف في النقد اختاره شيخنا ، وقال اصحابنا يصح ويضمن النقص كله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن)

اذا باع العدل الرهن باذنهما وقبض الثمن فتلف في يده من غير تفريط فلا ضمان عليه لانه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في ذلك خلافا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يكون من ضمان المرتهن لان البيع لاجله ، ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمناء . وان ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتعذر عليه اقامة البينة على ذلك فان كلفناه البينة شق عليه وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الامانات ، فان خالفاه في قبض الثمن فقالا ماقبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله لانه أمين (والآخر) لايقبل لان هذا ابراء للمشتري من الثمن فلم يقبل قوله كما لو أبرأه من غير الثمن

﴿ مسئلة ﴾ (وان استحق المبيع رجع المشتري على الراهن)

إذا خرج المبيع مستحقاً فالعهدة على الراهن دون العدل اذا اعلم المشتري انه وكيل وهكذا كل وكيل باع مال غيره ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : العهدة على الوكيل والكلام معه يأتي في الوكالة . فان علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل . فان قيل لم لا يرجع المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على انه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، وأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه ، فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لانهم تساووا في ثبوت حقوقهم في الذمة فاستووا في قسم ماله بينهم ، فأما

ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص ان كانت موجبة له والعفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله مالموروثه من القصاص والعفو على مال لان الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء . وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله ان يقتص فيما يوجب القصاص ، وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فاشبهت الجناية على ما دون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو

إن خرج مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وهو قول الشافعي : وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على من شاء منهما من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه ، فان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ويرجع على الراهن ، فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن ان أقر العدل بذلك أو قامت به بينة فان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فان نكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول أوردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه . وعلى قول الخرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن ، فان تلف المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل وزن ثمنه فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن والمشتري ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالغصب . وإن لم يكن عالماً فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعى دفع الثمن الى المرتهن فانكر ولم يكن قضاه ببينة ضمن ، وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالاشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل)

اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن فانكر ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الثمن الى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك انما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى انه سلمه الى صاحب الدين (والثاني) يقبل قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في نفي الضمان من غيره ذكره الشريف أبو جعفر وهو مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة، فعلى هذا اذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه . وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع عن العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمني وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر ، وان رجع على الراهن فهل يرجع

قول أبي ثور لانه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه ، وأصل الوجهين وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين، وكل موضع يثبت له المال في رقبة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث كذلك فينتقل الى وارثه كذلك ، وان اقتص في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص اولى ولان القصاص يثبت للموروث مقدماً على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه

(فصل) وان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان أعجمياً أو صبياً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل

الراهن على العدل ؟ ينظر فان كان دفعه الى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه في غيبة الراهن بغير بينة رجع عليه في احدى الروايتين لانه فرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه سواء صدقه أو كذبه لانه امين في حقه الا أنه ان كذبه فله عليه اليمين ، فان كان الراهن أمره بالاشهاد فلم يفعل لزمه الضمان لانه مفرط وهكذا الحكم في الوكيل لانه في معناه

(فصل) اذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده اليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم ازال التعدي أوسافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئمانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها فانه رد الى يد نائب مالكها أشبه مالوردها الى مالكها

(فصل) اذا استقرض ذمي من مسلم مالا فرهنه خمراً لم يصح سواء جعله في يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله ، فان ابى قيل له اما ان تقبض واما ان تبريء لان اهل الذمة اذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيح . قال عمر رضي الله عنه في اهل الذمة معهم الخمر: ولوهم بيعها وخذوا من اثمانها ، وان جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لانه بيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

(مسئلة) وان شرط ان يبيعه المرتهن او العدل صح فان عزلهما صح عزله)

اذا كان الرهن على يدي عدل فشرط ان يبيعه العدل عند حلول الحق او ان يبيعه المرتهن صح ويصح بيعه لانه شرط فيه مصلحة للمرتهن لا ينافي مقتضى الرهن فصح كما لو شرط صفة فيه ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي فيما اذا شرط ان يبيعه العدل ، فان شرط ان يبيعه المرتهن ففيه اختلاف يذكر في الشروط في الرهن ، فان عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيع صح ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ومالك لا ينعزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه . وقال ابن ابي موسى : ويتوجه لنا مثل ذلك فان احمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن ، فانه شرط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله . والمنصوص الاول لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الولايات وكونه من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فانه لا يصير لازما ، وكذلك اذا مات الراهن بعد الاذن

والقصاص والدية متعلقان به لايباع العبد فيها موسراً كان السيد أو معسراً كما لو باشر السيد القتل وذكر القاضي وجهاً آخر أن العبد يباع اذا كان السيد معسراً لانه باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع فيها وان كان السيد موسراً، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم إقرار العبد غير المرهون على مامضي بيانه في موضعه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن)

وجملته أنه اذا جني على الرهن فالخصم في ذلك سيده لانه مالكه ، والارش الواجب بالجناية ملكه وانما المرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره فان ترك المطالبة

تنفسخ الوكالة ، وقياس المذهب انه متى عزله عن البيع وكان الرهن مشروطاً في بيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن عنه كما لو امتنع من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما ان عزله المرتهن لم ينعزل لان العدل وكيل الراهن لان الراهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لايجوز بيعه بغير اذنه وهكذا لو لم يعزلاه فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولايحتاج الى تجديد اذن من الراهن في ظاهر كلام احمد لان الاذن قد وجد فاكتفي به كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجها انه يحتاج الى تجديد اذن لانه قد يكون له غرض في قضاء الحق من غيره . والاول أولى فان الاذن كاف مالم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن بخلاف المرتهن فان البيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو هذا

(فصل) ولو اتلف الرهن في يد العدل اجنبي فعلى الجاني قيمته تكون رهناً في يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله امساك الرهن وحفظه ، فان كان المتراهنان اذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع بدله لان له بيع نماء الرهن تبعاً للاصل فالبدل اولى ،وقال اصحاب الشافعي ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع مالم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وبدله غيره ، وللقاضي أن يقول انه قد اذن له في بيع الرهن والبدل رهن ثبت له حكم الاصل من كونه يملك المطالبة به وامساكه واستيفاء دينه من ثمنه فكذلك بيعه ، فان كان البدل من جنس الدين وقد اذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك ايفاءه منه لان بدل الرهن من جنس الدين فأشبه ثمن المبيع

﴿مسئلة﴾ (فان شرط ان لايبيعه عند الحلول او ان جاءه بحقه في محله والا فالرهن له لم يصح الشرط وفي صحة الرهن روايتان)

الشروط في الرهان قسمان : صحيح وفاسد فالصحيح مثل ان يشترط كونه على يدي عدل او عدلين او اكثر او ان يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحته خلافا فان شرط ان يبيعه المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لانه وكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير

أو أخرها أو كان غائباً أوله عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها لان حقه متعلق بموجبها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لانه حق له وانما يثبت ليستوفي ،فان اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول اسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لانه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال

ولنا أنه أتلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون وانما أوجبنا أقل القيمتين لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين لان الرهن ان كان أقل لم يجب أكثر من قيمته وان كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وان عفا على مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين

الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانجاز المبيع . ولنا ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ، ولان من جاز أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين اذا كان غرض المرتهن مستحقا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع ، وعلى أن الراهن اذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه، ولئن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً مشتريا وموجباً قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا

(فصل) اذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم أو كونها في يد المرتهن أو أجنبي على وجه لا يفضي الى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري ، أو نساء من محارمها معها في دارهما جاز لانه لا يفضي إلى محرم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لافضائه إلى الخلوة المحرمة فلا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لانه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده ، وان كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز أيضاً كالامة ، ويحتمل أن لا يصح لان للامة عرفا بخلاف العبد ، والاول اصح فان الامة اذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد ، واذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا

(القسم الثاني) الشروط الفاسدة وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، أو لا يباع ماخيف تلفه أو بيع الرهن باي ثمن كان، أو أن لا يبيعه الا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فان المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، وكذلك ان شرطا الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازما في حقه .أو توقيت الرهن أو ان يكون رهنا يوما ويوما لا ، أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به المرتهن أو كونه مضمونا على المرتهن أو العدل فهذه كلها فاسدة لان منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته ، وعن أحمد اذا شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن أنه يجوز في البيع . قال القاضي: معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهراً فيكون بيعا واجارة فهو صحيح ، وان اطلق فالشرط باطل لجهالة الثمن ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن

لما ذكرنا هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا او قلع سن ونحوه فالواجب بالعفو أقل الامرين من أرش الجرح أو قيمة الجاني ، وان عفا مطلقا أو على غير مال انبني ذلك على موجب العمد ماهو؟ فان قلنا موجبه أحد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه حكم مالو اقتص ، ان قلنا ثم تجب قيمته على الراهن وجب ههنا وهو اختيار أبي الخطاب لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه مالو اقتص، وان قلنا لا يجب على الراهن شيء ثم لم يجب ههنا شيء وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه ، واما ان كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيوانا عنها لم يجز الا باذن المرتهن فان أذن فيه جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما وماقبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول نائبا عنه وقائماً مقامه فان عفا الراهن عن المال فقال القاضي

إلى أجل في الدور والارضين وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض

ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض ، فان شرط شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط ، فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه ، وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً أو رهنه يوما ويوما لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، ونصر أبو الخطاب في رءوس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال « لا يغلق الرهن » وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده ، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجها واحداً ومالا فعلى وجهين وهو مذهب الشافعي لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

(فصل) وان شرط أنه متى حل الحق ولم توفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد ، وروي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لما روى عبدالله بن جعفر قال قال رسول الله ﷺ « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم قلت لاحمد ما معنى قوله « لا يغلق الرهن » ؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدراهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك ، قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يغلق الرهن عند مالك والثوري وأحمد وفي حديث معاوية بن عبدالله بن جعفر أن رجلا رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى فمضى الاجل فقال الذي ارتهن: منزلي فقال النبي ﷺ « لا يغلق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح فاذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . وفيه رواية أخرى أنه لا يفسد لما ذكرنا في الشروط الفاسدة، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رءوس مسائله ، واحتج بالحديث المذكور فبقي غلق الرهن على أصله فدل على صحته ولان الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضي به ؟ ولنا انه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توقيته وليس في الخبر انه يشرط ذلك في ابتداء العقد

(فصل) وإذا قال الغريم رهنتك عبدي هذا على ان تزيدني في الاجل كان باطلا لأن الاجل لا يثبت في الدين الا ان يكون مشروطاً في عقد قد وجب به واذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جعله في مقابلته ولان ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر أن الرهن مغصوب أو جان ، وان استوفى الدين من الارش احتمل أن يرجع الجاني على العافي لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استعاره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وانما استوفى بسبب كان منه حال ملكه فأشبه مالو جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب يصح العفو مطلقا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهناً مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن فأشبه مالو تلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلا لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفي عن غاصبه وهذا أصح في النظر ، وان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وان قال أسقطت الارش أو أبرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه ، فاذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو والابراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه

(فصل) وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما، وان كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه ، فان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه ، فاذا قضى الراهن الحق أو ابرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبي فألقت جنينا ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، وإن ألقته حياً ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لانه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها . ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى

(فصل) اذا كان له على رجل ألف فقال اقرضني الفاً بشرط أن أرهنك عبدي هذا بالفين فنقل حنبل عن احمد ان القرض باطل ، وهو مذهب الشافعي لانه قرض يجر منفعة وهي الاستيثاق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن فان قيل اليس لو شرط ان يعطيه رهنا بما يقترضه جاز؟ قلنا ليس هذا قرضاً جر منفعة لان غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما اقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الاول فقد شرط استيثاقا لغير موجب القرض . ونقل مهنا ان القرض صحيح ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده . ولو كان مكان القرض بيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدي به وبالالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول لكونه جعله ألفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف الاول وتلك المنفعة مجهولة ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) اذا فسد الرهن وقبضه المرتهن فلا ضمان عليه لانه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحاً مضمونا أو غير مضمون ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرط أن يصير المرتهن بعد انقضاء

عليها . ويحتمل أن يجب أكثر الامرين من نقصها أو ضمان جنينها لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانهما وجب ضمان أكثرهما ، وان ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه مانقصتها الجناية لاغير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام . وقال الشافعي ماوجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ماوجب في ولدها وماوجب في جنين الامة فليس برهن لان نماء الرهن ليس برهن . ولنا ان هذا ضمان يجب بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة ، وقولهم ان نماء الرهن لايدخل في الرهن غير مسلم

﴿مسألة﴾ قال (واذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئا من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلا يعرفانه فالبيع جائز ، فان أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي اقامته بلا رهن ولا حميل)

الحميل الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال ضمين وحميل وقبيل وكفيل وزعيم وصبير بمعنى واحد وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضاً لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافا اذا كان معلوما ولذلك قال الخرقي يعرفانه في الرهن والضمين معاً . ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض ، وأما الضمين فيعلم بالاشارة اليه أو تعريفه بالاسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لان الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لان ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه باطلاق ، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمنني أحد هذين الرجلين لم يصح لان الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع اليه رهناً بقدر الدين لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة ، وقال أبو حنيفة اذا قال على ان ارهنك أحد هذين العبدين جاز لان بيعه جائز عنده

مدته صار بعد ذلك مضمونا لانه مقبوض بحكم بيع فاسد . وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان . وإن كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع قد تضمن الاذن وإن كان فاسداً فعلى هذا يكون مخيراً بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يلزمه بقلعه ويضمن له مانقص

(فصل) اذا اشترى سلعة وشرط أن يرهنه بها شيئاً من ماله أو شرط ضميناً فالبيع والشرط صحيح لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافا اذا كان معلوما . ومعرفة الرهن تحصل بالمشاهدة وبالصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض . والضمين يعلم بالاشارة اليه ويذكر اسمه ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لان الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لان ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه بالاطلاق . ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمنني أحد هذين الرجلين لم يصح لان الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع ، وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع

ولنا انه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لوشرط رهن مافي كمه ولانه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع ، وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع حملت عليه ، والكلام مع ابي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيهما واحد ، إذا ثبت هذا فان المشتري ان وفى بالشرط فسلم الرهن او حمل عنه الحميل لزم البيع وان ابى تسليم الرهن او ابى الحميل أن يتحمل عنه فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه والرضا به بلا رهن ولاحميل فان رضي به لزمه البيع وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا كان مشروطا في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وان وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه فأشبه الخيار ، وقال القاضي ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد ، وقد مضى الكلام معهم في اول الباب ولانه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع او كغير المكيل والموزون وانما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لاينفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يفتقر إلى تسليم فاكتفي في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فاما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان اذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره . ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم في الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبى ذلك ، ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط صفة في الثمن فلم يف بها ولانه أحد المتعاقدين فاذا لم يف بما شرط في العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبائع إذا شرط المبيع على صفة فبان بخلافها

(فصل) ولو شرط رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وان كان ماأتى به خيراً

اليه رهنا بقدر الدين لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة . وقال أبوحنيفة اذا قال على أن أرهنك أحد هذين العبدين جاز لان بيعه جائز عنده

ولنا أنه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كمه ولانه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع . وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع فحملت عليه والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيه واحد ، اذا ثبت هذا فان المشتري إن وفى بالشرط فسلم الرهن أو ضمن عنه الضامن لزم البيع . وإن أبى تسليم الرهن أو أبى الضامن أن يضمن فللبائع الخيار بين فسخ البيع وامضائه والرضا به بلا رهن ولا ضمين فان رضي لزمه البيع ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا شرط في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وإن وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه أشبه الخيار والاجل ، وقال القاضي ماعدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد وقد مضى الكلام فيه

ولنا أنه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع أو كالمكيل والموزون وإنما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لاينفرد بنفسه والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يفتقر الى تسليم فاكتفى في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فأما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان إذ لا يلزمه شغل ذمته ووفاء دين غيره باشتراط غيره ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزمه كما لو وعده أن يبيعه ثم امتنع ومتى لم يف للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط له صفة في الثمن فلم يف بها

من المشروط مثل أن يأتي بأ كثر قيمة من المشروط وحميل اوثق من المعين لانه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع. ولان الغرض يختلف بالاعيان فمنها ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظا وبعض الذمم أملأ من بعض وأسهل ايفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود

(فصل) وان تعيب الرهن أو استحال العصير خمراً قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيبا ورضاه بلا رهن فيما اذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن، وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه ارش من أجل العيب لان الرهن انما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع، وان تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حدوث العيب وهو مما لا يحتمل الا قول احدهما فالقول قوله من غير يمين لان اليمين انما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل، وان احتمل قوليهما معا انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان (احدهما) القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقي لقوله مثل ذلك في البيع لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه، وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لانه منكر للقبض، وان كان الرهن عصيراً فاستحال خمراً واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه أحمد، وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول

(فصل) ولو شرط رهناً أو ضميناً معيناً فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط مثل أن يأتي بأ كثر قيمة من المشروط أو بضامن أوثق من المعين لانه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ولان الغرض يختلف بالاعيان فمنها ما يسهل بيعه ومنها ماهو أقل مؤنة وأسهل حفظا وبعض الذمم أملأ من بعض وأسهل فلا يلزمه قبول غير المعين كسائر العقود

(فصل) فان تعيب الرهن أو استحال العصير خمراً قبل القبض فللبائع الخيار بين قبضه معيباً ورضاه بلا رهن فيما اذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن. وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه أرش من اجل العيب لان الرهن انما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وان اختلفا في زمن حدوث العيب فان كان لا يحتمل الا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين لان اليمين انما يراد لرفع الاحتمال، وان أحتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب وفيه روايتان فيكون ههنا وجهان (احدهما) القول قول الراهن وهو قول ابي حنيفة والشافعي لان الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقي لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه، وان اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لانه منكر للقبض. وان كان الرهن عصيراً فاستحال خمرا واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه احمد. وقال القاضي يخرج فيه رواية اخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع. وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف

قول المرتهن كالاختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف . ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت (الثاني) أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه

(فصل) ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لان العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع . وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه ، وان هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لانه تعذر عليه رده . فان قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه . قلنا أنما تضمن قيمته لان العقد لم يقع على ملكه وانما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة . اما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئاً فلو أوجبنا له بدله لاوجبنا على الراهن غير ماشرط على نفسه

(فصل) ولو لم يشترطا رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه الا باذن المرتهن إلا أنه اذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) واذا تبايعا بشرط ان يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لان المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه، وروي عن أحمد أنه قال اذا حبس المبيع بقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا ان يكون

ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد، وفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت (الثاني) أنهما اختلفا ههنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه.

(فصل) ولو وجد بالرهن عيبا بعد ان حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لان العيب الحادث في ملك الراهن لايلزم المرتهن ضمانه بخلاف البيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ماذكرناه ، وان هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لانه قد تعذر عليه رده . فان قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمنع رده بحدوث العيب فيه قلنا أنما تضمن قيمته لان العقد لم يقع على ملكه ، وانما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة ، أما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئا ، فلو اوجبنا له بدله لاوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه .

(فصل) ولو لم يشرطا رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع الا انه اذا رده بعيب أوغيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) اذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح ، قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لان المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه وقد روي عن أحمد أنه قال: اذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرطه

شرطا عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لانه يجوز بيعه فجاز رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية انه شرط عليه في نفس البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وان لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه . منها انه غير مملوك له . ومنها ان البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي الوفاء منه ، ومنها ان البيع يقتضي تسليم المبيع اولا ورهن المبيع يقتضي ان لا يسلمه حتى يقبض الثمن ، ومنها ان البيع يقتضي أن يكون امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي ان لا يكون مضمونا وهذا يوجب تناقض احكامهما، وظاهر الرواية صحة رهنه . وقولهم انه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه.وقولهم البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح انما يقتضي وفاء الثمن مطلقا ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاسوفي من ثمنه . وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفي بشرط الخيار وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع . فأما ان لم يشترط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فان كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لانه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولانه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه ، وان كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لانه نوع تصرف فأشبه بيعه

(فصل) واذا شرط في البيع رهنا فاسداً كالمحرم والمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان مضى توجيههما في الشروط الفاسدة في البيع واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع .وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك

(فصل) والشروط في الرهن تنقسم قسمين صحيحاً وفاسداً فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحة هذا خلافا وان شرط أن يبيعه المرتهن صح وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعي لا يصح لانه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي ان الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانجاز البيع

ولنا ان ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ولان من جاز

عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لانه يصح بيعه فصح رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن فان لم يف به فسخ البيع ، وأما شرط رهن المبيع نفسه على ثمنه فلا يصح لوجوه (أحدها) أنه غير مملوك له (والثاني) أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع (والثالث) ان البيع يقتضي ان يكون امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي أن لا يكون مضمونا (الرابع) ان البيع يقتضي تسليم المبيع أولا ورهن المبيع يقتضي أن لايسلمه حتى يقبض الثمن وهذا تناقض في الاحكام ، وظاهر الرواية صحة رهنه ، قولهم انه غير مملوك قلنا انما شرط رهنه بعد ملكه ، وقولهم البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع ممنوع انما يقتضي ايفاء الثمن مطلقا ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه ، قولهم البيع يقتضي

أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين اذا كان غرض المرتهن مستحقا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع، وعلى ان الراهن اذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه وان سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم لها او كونها في يد المرتهن أو اجنبي على وجه لا يفضي الى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري او نساء من محارمها معها في دارها جاز لانه لا يفضي الى محرم وان لم يكن كذلك فسد الشرط لانه يفضي الى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لانه لا يعود الى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده وان كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز وان لم يشترط موضعه صح ايضاً كالامة، ويحتمل ان لا يصح لان للامة عرفا بخلاف العبد والاول أصح فان الامة اذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد واذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا.

(فصل) والقسم الثاني الشروط الفاسدة مثل ان يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو ان يشترط ان لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفى الدين من ثمنه أو لا يباع ما خيف تلفه أو بيع الرهن بأي ثمن كان أو ان لا يبيعه الا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فان المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك ان شرطا الخيار للراهن أو ان لا يكون العقد لازما في حقه أو توقيت الرهن او أن يكون رهنا يوما ويوما لا او كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن او كونه مضمونا على المرتهن أو العدل، فهذه كلها فاسدة لان منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته، وان شرطا شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً او رهنه يوما ويوما لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر ابو الخطاب في رءوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال «لا يغلق الرهن» وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجها واحداً ومالا فعلى وجهين وهذا مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وان سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفي بشرط الخيار وهذا الجواب عن باقي الوجوه، فأما ان لم يشرط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع، فان كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لانه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولانه يصح رهنه على غير ثمنه فيصح رهنه على ثمنه، وان كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وإلا فلا لانه نوع تصرف أشبه البيع

(فصل) وان شرط انه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم . والاصل في ذلك ماروى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال . قال رسول الله ﷺ « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم . قال الاثرم قلت لأحمد ما معنى قوله «لا يغلق الرهن»؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك قال ابن المنذر هذا معنى قوله « لا يغلق الرهن » عند مالك والثوري وأحمد ، وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر ان رجلا رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى فضى الاجل فقال الذي ارتهن منزلي فقال النبي ﷺ « لا يغلق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . ويتخرج أن لا يفسد لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رءوس المسائل واحتج بقوله النبي ﷺ « لا يغلق الرهن » فنفى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولان الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به . ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توقيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة

(فصل) ولو قال الغريم رهنتك عبدي هذا على أن تزيدني في الاجل كان باطلا لان الاجل لا يثبت في الدين الا أن يكون مشروطاً في عقد وجب به فاذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جعله في مقابلته ولان ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

(فصل) اذا كان له على رجل الف فقال أقرضني الفاً بشرط أن أرهنك عبدي هذا بالألفين فنقل حنبل عن أحمد ان القرض باطل وهو مذهب الشافعي لانه قرض يجر منفعة وهو الاستيثاق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن . فاذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز ؟ قلنا ليس هـذا قرضاً جر منفعة لان غاية ماحصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هـذا القرض الاستيثاق لدينه الاول فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض . ونقل مهنا ان القرض صحيح ،ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده وصححه فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدي به وبالالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول فانه جعل الثمن الفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان اختلفا في قدر الدين أو رده أو قال أقبضتك عصيراً قال بل خمراً فالقول قول الراهن)

اذا اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعي والثوري والشافعي والبتي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو

الاول وتلك المنفعة مجهولة ، ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) واذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه لانه قبضه بحكم انه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضموناً لانه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان. فان كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير اذن، وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط ان الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وان كان فاسداً فقد تضمن الاذن في التصرف فيكون الراهن مخيراً بين ثلاثة أشياء بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له مانقص

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء الا ما كان مركوبا أو محلوبا فيركب ويحلب بقدر العلف)

الكلام في هذه المسئلة في حالين (أحدهما) مالا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال . لا نعلم في هذا خلافا لان الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فان أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجز لانه يحصل قرضاً يجر منفعة وذلك حرام . قال أحمد أكره قرض الدور وهو الربا المحض يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن وان كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك روي ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال اسحاق . فاما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن باجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ماانتفع بالقرض بل بالاجارة وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لايجوز في القرض ويجوز في غيره . ومتى استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام احمد انها تخرج عن كونها رهناً فمتى انقضت الاجارة أو العارية عاد الرهن بحاله . قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي ينتقل فيصير ديناً ويتحول عن الرهن وكذلك إن أكراها للراهن قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتهن داراً ثم أكراها لصاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت

يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فكان القول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وماذكروه من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء باقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن في قدر مارهنه سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن انما رهنتك بأحد الالفين وقال المرتهن انما رهنتنى بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن فى أحد الالفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن باحد الالفين ، وقال الراهن رهنته بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ،

اليه صارت رهناً ، والأولى أنها لاتخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام احمد فى رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها كما في رواية ابن منصور لانها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ماإذا سكنها المرتهن ومتى استعارالمرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذاقال الشافعي . وقال أبوحنيفة لاضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية فانها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة

(فصل) فان شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى الرهن. وعن أحمد أنه يجوز في المبيع قال القاضي معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهراً فيكون بيعاً وإجارة فهو صحيح ، وان أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والارضين وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض . ولنا أنه شرط في الرهن ماينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض

(فصل) الحال الثاني مايحتاج فيه إلى مؤنة فحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض أو بغير عوض باذن الراهن كالقسم الذي قبله ، وان اذن له في الانفاق والانتفاع بقدره جاز لانه نوع معاوضة . واما مع عدم الاذن فان الرهن ينقسم قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما . فاما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل في ذلك نص عليه احمد فى رواية محمد بن الحكم واحمد ابن القاسم واختاره الخرقي وهو قول إسحاق، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الانفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه ، وعن أحمد رواية أخرى لايحتسب له بما انفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الانفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن

ولنا ماروى البخاري وابو داود والترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله

ولان القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته هذا ان لم تكن بينة . فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وجهاً واحدا وإن اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافا ، وان قال رهنتك هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضا.

(فصل) وان اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله لانه منكر والاصل معه ، وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل فان فيهما وجهين، والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ، وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لابها ، وان اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لان يده يد أمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله فيه كالمودع ، فان اتلفها المرتهن أو تلفت بتفريطه واختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم لانعلم في ذلك خلافاً

ﷺ « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا » وعلى الذي يركب ويشرب النفقة فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به أن الراهن ينفق وينتفع قلنا لا يصح لوجهين (أحدهما) أنه قد روي في بعض الالفاظ اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع (والثاني) أن قوله بنفقته يشير الى أن الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك حق المرتهن أما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لاحدهما بالآخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الانفاق عليها والحديث نقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها الى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع فاما ان أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره ، فاما الحيوان كالعبد والامة ونحوهما فهل للمرتهن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته ؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز ذكره الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم قال : سمعت ابا عبدالله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لا ينتفع منه بشيء الا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان اللبن والركوب أكثر قال لا إلا بقدر . ونقل حنبل عن احمد ان له استخدام العبد ايضاً وبه قال ابو ثور إذا امتنع المالك من الانفاق عليه . قال ابو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على انه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به فان القياس يقتضي ان لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للاثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس

(فصل) وإن قال الراهن رهنتك عصيراً قال بل خمراً فالقول قول الراهن يريد إذا كان الرهن شرط في البيع فقال الراهن رهنتك عصيراً فليس لك فسخ البيع ، وقال المرتهن بل رهنتني خمراً فلي فسخ البيع فالقول قول الراهن نص عليه أحمد لانهما اختلفا فيما يفسد العقد فكان القول قول من ينفيه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) واذا قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين ، قال بل على رهن هذا وحده فحكى القاضي فيها روايتين (إحداهما) يتحالفان لانهما اختلفا في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لانه منكر لشرط رهن العبد المختلف فيه والقول قول المنكر وهذا أصح

(فصل) وإن قال أرسلت وكيلك فرهنني عبدك هذا على عشرين وقبضها قال ما أمرته إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول ، فان صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برئا جميعاً ، وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في انه ما أخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتهن ظلمه ، وإن صدق المرتهن وادعى أنه سلم العشرين الى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فان نكل قضي عليه بالعشرة وتدفع إلى المرتهن ، وإن حلف برىء وعلى الوكيل غرامة العشرة

(النوع الثاني) غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء رواية واحدة. وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره ان ينوب عنه فيما لا يلزمه فان فعل كان متبرعا بخلاف الحيوان فانه يجب على مالكه الانفاق عليه لحرمته في نفسه

(فصل) فأما الحيوان إذا انفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالو تصدق على مسكين. وان نوى الرجوع على مالكه وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لانه نابعنه في الانفاق باذنه وكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك. وان كان بغير إذنه فهل يرجع عليه؟ يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه لانه نابعنه فيما يلزمه، وقال ابو الخطاب ان قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء، وان عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه. والاول أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم

(فصل) واذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك. قال أحمد: يوضع عن الراهن بقدر ذلك لأن المنافع ملك الراهن فاذا استوفاها فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان

﴿مسألة﴾ قال (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن)

أراد بغلة الدار أجرها وكذلك خدمة العبد. وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالاصل واذا احتيج الى بيعه في وفاء الدين بيع مع الاصل سواء في ذلك

للمرتهن لأنه يزعم أنها حق له وانما الراهن ظلمه، فان عدم الوكيل وتعذر احلافه فعلى الراهن اليمين أنه ماأذن في رهنه الا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بعشرة

(فصل) اذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا فى نية الراهن أو في لفظه لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه، ولأنه يقول الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك فى صفته، وان أطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال أبو بكر له صرفها الى أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما فان له أن يعين عن أي المالين شاء وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد نصفه لانهما تساويا فى القضاء فتساويا فى وقوعه عنهما، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه فى الرهن. ذكره أبو بكر

(فصل) اذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن فى حقهما ولم يضرا نكاره لأن الحق لهما وان قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا فى قبض المرتهن فان أشهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لانها شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه

(فصل) إذا كان في يد رجل عبد فقال رهنتني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرته

المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي والشعبي . وقال الثوري وأصحاب الرأي في النماء يتبع . وفي الكسب لايتبع لان الكسب في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعيان مال الراهن، وقال مالك يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالاصل يستوفى من ثمنه فلا يسري الى غيره كحق الجناية ، قال الشافعي ولو رهنه ماشية مخاضاً فنتجت فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ومن حجتهم أيضاً قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » والنماء غنم فيكون للراهن ولانها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهناً كسائر ماله ، ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ولان النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد .

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء . فأما الحديث فنقول به وان غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل فانه للراهن والحق متعلق به . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله . وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ماثبت فيه ولانه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص ولان السراية في الرهن لاتفضي الى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه .

(فصل) واذا ارتهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن مايتبع في البيع فان كان في الارض

فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الاصل عدم الرهن . وان قال السيد بعتك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذى ينكره ويأخذ السيد عبده . وان قال رهنتكه بألف أقرضتنيه قال بل بعتنيه بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب العبد الالف ويأخذ عبده .

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهنتماني عبدكما بديني عليكما فأنكراه فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصيب الآخر رهنا وان أقر أحدهما ثبت في حقه وحده . وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته لأنه لايجلب لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها ، وبهذا قال أصحاب الشافعي . وقال بعضهم اذا أنكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لأن المشهود له يدعي أن كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن ومتى طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم له. قلنا هذا لايصح فان إنكار الدعوى لايثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو يلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ولذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان أحدهما كاذبا ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في أحدهما

(فصل) واذا ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون

شجر فقال رهنتك هذه الارض بحقوقها أو ذكر مايدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه . وان لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع . وان رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل فى الرهن كما لا تدخل فى البيع وان لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لاتدخل الثمرة في الرهن بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لان الرهن عنده لا يصح على الاصول دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لاتدخل فى البيع مع قوته وازالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى . وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع وكذلك الحمل وسائر ما يتبع في البيع لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع . ولو كان الرهن دارا فخربت كانت انقاضها رهناً لانها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بفعل غيره لانه من نمائها

(فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأى ، وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وان كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ولا ماينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لاتدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وقد سبق الكلام في هذا . ولانها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول نوع انتفع

صاحبي فأنكرهما فالقول قوله وان أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف للآخر . وان قال لا أعلم المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو فى يده منهما مع يمينه وان كان فى أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده . وإن كان في يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكه وإن قال رهنته عند احدهما ثم رهنته عند الآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك . وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف الآخر وان نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وإن نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للاول لانه أقر له بعد مافعل ماحال بينه وبين من أقر له به فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي إذا اعترف لغير من هو في يده فهل يرجح صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له في النصف وفي النصف الآخر وجهان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه فالحكم فى ذلك كما لو أعتقه بعد رهنه) على ماذكرنا من الخلاف لان كل من صح منه انشاء عقد صح منه الاقرار به ولا يقبل قوله في تقدم عتقه لانه يسقط حق المرتهن من عوضه فعلى هذا تؤخذ منه قيمته فتجعل رهنا مكانه إن كان موسراً لانه فوته على الراهن باقراره فهو كما لو أعتقه ، وإن كان معسراً فالحكم فيه كما ذكرنا

فلا يملكه الراهن كالذي ينقص قيمة الرهن اذا ثبت هذا فان المتراهنين اذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع بها وكانت منافعها معطلة . فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن ، وان اتفقا على اجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك هـذا ظاهر كلام الخرقي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبـد رهناً ، ولو عطلت منافعهما لم يكن لهما غلة ، وقال ابن أبي موسى إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته أو إجارته جاز والاجرة رهن ، وان أجره الراهن باذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين والآخر لايخرج كما لوأجره المرتهن ، وقال أبوالخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لهما، وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجراه وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي . وقالوا اذا أجر الراهن الرهن باذن المرتهن كان إخراجا من الرهن لان الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن او نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

ولنا ان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لاينافي الانتفاع به ولا إجارته ولا إعارته فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولان تعطيل منفعته تضييع للمال وقـد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارتها كالعبد اذا ضمن باذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس وانما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غيرمناف للانتفاع به . ولوسلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في إمساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنـه ومداواته ان احتاج اليها فاذا كان الرهن ماشية فاحتاجت الى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيـه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غـير ضرر ، وان كانت فحولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضى

﴿ مسألة ﴾ (وإن أقر أنه كان جنى أو انه باعه أو غصبه قبـل على نفسه ولم يقبـل على المرتهن إلا أن يصدقه)

وجملته أنه اذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه فكذبه المرتهن وولي الجناية لم يسمع قوله،وإن صدقه ولي الجناية وحده قبل إقراره على نفسه دون المرتهن ويلزمه أرش الجناية لانه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله فأشبه مالو جنى عليه ، وإن كان معسراً فمتى انفك الرهن كان المجني عليه أحق برقبته وعلى المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك فان نكل قضي عليه . وفيه وجه آخر انه يقبل اقرار الراهن لانه غيرمتهم لكونه تغريماً يخرج الرهن من ملكه وعليه اليمين لأنه يبطل باقراره حق المرتهن فيه ، فان أقر أنه غصبه لم يقبل على المرتهن لان اقرار غيره لا يقبل في حقه فعلى هذا لايخرج من الرهن ولا يزول شيء من أحكام الرهن ويلزمه قيمته للمغصوب منه لأنه حال بينه وبينـه برهنه ، وكذلك لايقبل إقراره على المرتهن ببيع ولا هبة لما ذكرنا ، فان صدقه المرتهن في ذلك بطل الرهن لاعترافه بمـا يبطله فاذا انفك أخذ الراهن باقراره

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا كان الرهن مركوباً أومحلوباً فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك)

وجملة ذلك أن الرهن ينقسم إلى قسمين :حيوان وغيره ، والحيوان نوعان (أحدهما) أن يكون

المرتهن لأنه انتفاع لامصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام الا أن يصير الى حال يتضرر بترك الاطراق فيجوز لانه كالمداواة له

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومؤنة الرهن على الراهن فان كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وان كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه)

وجملته أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن وبهذا قال مالك والشافعي والعنبري واسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لانه من مؤنة إمساكه وارتهانه

ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام ولان الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبوحنيفة يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن وان احتيج الى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن . وعند أبي حنيفة هو كأجر من يرده من إباقه وبنى ذلك على أصله فى أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده والكلام على ذلك فى غير هذا الموضع ، وان مات العبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والاقارب من الاحرار

(فصل) وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت الى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لانه يحتاج إلى أن يستبقيها رهناً حتى يحل الحق وإن كان حالا بيعت ولم يحتج إلى تجفيفها ، وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقيها بعينها لان العقد يقتضي ذلك . إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطباً فانه يباع ويجعل ثمنه مكانه . وان اتفقا على قطع الثمرة في وقت

مركوباً أو محلوباً فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل فى ذلك نص عليه احمد في رواية محمد بن الحكم واحمد بن القاسم ، واختاره الخرقي وهو قول إسحاق ، وسواء انفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبة او امتناع او مع القدرة على اخذ النفقة منه واستئذانه . وعن احمد رواية اخرى لايحتسب له بما انفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لقول رسول الله ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الانفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن

ولنا ماروى البخاري باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به الرهن ينفق وينتفع قلنا لايصح لوجهين (احدهما) انه قد روي في بعض الالفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولان الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع (الثاني) ان قوله بنفقته يشير إلى ان الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك في حق المرتهن ، اما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة

فلها ذلك سواء كان الحق حالا أو مؤجلا وسواء كان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لايخرج عنها ، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الاصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق . وإن كان الحق حالا قدم قول من طلب القطع لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في الثمرة فان كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها عليه لان ذلك إتلاف فلا يجبر عليه كما لايجبر على نقض داره ليبيع انقاضها ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها، وان كانت الثمرة مما لاينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال

(فصل) وان كان الرهن ماشية تحتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه مايتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لها لاضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً لان ذلك يجري مجرى علفها وان أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تتماسك به فللمرتهن منعه من ذلك لان في السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وان أجدب مكانها فلم يجد ماتتماسك به فللراهن السفر بها لانه موضع ضرورة لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا أنها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها او ضياع حقه من الرهن . فأن أرادا جميعاً السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الاصلح فان استويا قدمنا قول المرتهن ، وقال الشافعي يقدم قول الراهن وان كان الاصلح غيره لانه أملك بها إلا أنه يكون مأواها الى يد عدل

لاحدهما بالآخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمراة اخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير اذنه والنيابة عنه في الانفاق عليها . والحديث نقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن انفق محتسباً بالرجوع فان انفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) النوع الثاني الحيوان غير المركوب والمحلوب كالعبد والامة فليس للمرتهن ان ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب ذكره القاضي ونص عليه احمد في رواية الاثرم قال: سمعت ابا عبد الله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لاينتفع منه بشيء الا حديث ابي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان الركوب واللبن اكثر ؟ قال لا إلا بقدر ، ونقل حنبل عن احمد ان له استخدام العبد ايضاً وبه قال ابو ثور اذا امتنع المالك من الانفاق عليه وقال ابو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على انه لاينتفع من الرهن بشيء الا ماخصه الشرع فان القياس انه لاينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للاثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس

(القسم الثاني) مالا يحتاج الى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بغير اذن الراهن لا نعلم في ذلك خلافاً لان الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ، فان اذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لانه يصير قرضاً جر منفعة وذلك حرام ، قال

ولنا أن اليد للمرتهن فكان أولى كما لوكانا في بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء أراد نقلها الى مثله أو أخصب منه لأن لامعني للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز أيضاً سواء كان أنفع لها أولا لأن الحق لهما لايخرج عنهما

(فصل) وان كان عبداً يحتاج الى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه لانه ينقص ثمنه وفيه ضرر، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لايخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد به الثمن ولا يضر المرتهن ومؤنته على الراهن. فان مرض فاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لايتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة، وان أراد الراهن مداواته بما لاضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما. وإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه لانه لايأمن تلفه. وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى تودیج ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبزيغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك مالم يخف منه ضرراً، وان احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لايخاف منه جاز وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر. وإن كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لامن قطعها لانه لايحس بلحم ميت، وان كانت به خبيثة فقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن ذلك والا فليس له فعله، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحاً فيه لم يترجح احداثه، وان كانت به سلعة أو أصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لايخاف منه، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجى

احمد: اكره قرض الدور وهو الربا المحض. يعني إذا كانت رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن، وإن كان الرهن بثمن مبيع او اجر دار او دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك، وقد روي عن الحسن وابن سيرين، وهو قول إسحاق، فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل ان استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض إنما انتفع بالاجارة، وإن حاباه فهو كالانتفاع بغير عوض يجوز في غير القرض، ومتى استأجرها او استعارها المرتهن فظاهر كلام احمد انها تخرج عن كونها رهناً فتى انقضت الاجارة او العارية عاد الرهن بحاله، قال احمد في رواية الحسن بن ثواب قال احمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي تنتقل فتصير ديناً وتتحول عن الرهن، وكذلك ان أكراها للراهن وقال احمد في رواية ابن منصور: اذا ارتهن داراً ثم اكراها لصاحبها خرجت من الرهن، فاذا رجعت اليه صارت رهنا. قال شيخنا: والاولى أنها لا تخرج من الرهن اذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين، وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها كما في رواية ابن منصور لانها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن، ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضمونا عليه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ومبنى ذلك على العارية هل هي مضمونه أم لا؟ وسيأتي ذلك

(مسئلة) (وإن أنفق على الرهن بغير اذن الراهن مع امكانه فهو متبرع)

إذا أنفق على الحيوان متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين

نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه، وقال القاضي له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ملكه وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه، ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من أجزائه أو من نمائه، وقال أصحاب الشافعي ليس من الرهن بناء منهم على أن النماء ليس منه ولا يصح ذلك هنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وانقاض الدار، وان كان الرهن كرما فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن، ولو كان الشجر مزدحماً وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك. وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك وان قيل هو الاولى لانه قد لا يعلق فيفوت الرهن، وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن اذا امتنع أجبره الحاكم عليها وان لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكترى من الرهن فان بذلها المرتهن متطوعا لم يرجع بشيء وان انفق باذن الراهن أو إذن الحاكم عند تعذر اذن الراهن محتسباً رجع به وان تعذر اذنهما أشهد على أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها. وان انفق من غير استئذان الحاكم مع امكانه أو من غير اشهاد بالرجوع

وإن نوى الرجوع على المالك وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لأنه ناب عنه في الانفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك

(مسئلة) (وان عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين)

مفهوم كلامه هنا أنه متى قدر على استئذان المالك فلم يستأذنه أن يكون متبرعا لا يرجع بشيء، وكذلك ذكره أبو الخطاب لانه مفرط في ترك استئذانه مع القدرة عليه فلم يرجع كما لو عمر داره بغير اذنه، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ففيه روايتان (إحداهما أنه متبرع لانه لم يستأذن مالكه ولا من يقوم مقامه أشبه مالو كان المالك حاضراً فلم يستأذنه (والثانية) يرجع عليه لانه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه أشبه مالو عجز عن استئذان الحاكم، وكذلك الحكم فيما اذا مات العبد المرهون. وقال شيخنا فيمن أنفق بغير اذن الراهن بنية الرجوع مع امكانه أنه يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه وهذا أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم

(مسئلة) (وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال اذا هرب الجمال وتركها في يد المكتري)

لانها أمانة فأشبهت الرهن

(مسئلة) (وان انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير اذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة)

وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه، فان فعل كان متبرعا كالاجنبي بخلاف نفقة الحيوان فانها تجب على مالكه لحرمته في نفسه، وكذلك كفن العبد اذا مات يجب على سيده

عند تعذر استئذانه ليرجع به فهل يرجع ؟ على روايتين . وان أنفق باذن الراهن ليكون الرهن رهناً بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصر رهناً بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن انفقت متبرعا وقال المرتهن بل أنفقت محتسباً بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها ولا اطلاع لغيره من الناس عليها وعليه اليمين لان ماقاله الراهن محتمل . وكل مؤنة لاتلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن اذا أنفقها سواء أنفقها محتسباً أو متبرعا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدي المرتهن أو لم يحرزه ضمن)

أما اذا تعدى المرتهن في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فانه يضمن لانعلم في وجوب الضمان عليه خلافا ولانه أمانة في يده فلزمه ضمانه اذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة ، وأما ان تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بامر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن وان ادعي تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله وضمن ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا

(فصل) قال الشيخ (اذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته وللسيد فداؤه بالاقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه ، وعنه ان اختار فداءه لزمه جميع الارش)

وجملة ذلك أن العبد المرهون اذا جنى على انسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته وقدمت على حق المرتهن بغير خلاف علمناه لأنها مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن ، فان قيل فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ماثبت بعقده، ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى ، فان كانت جنايته موجبة للقصاص في النفس فلولي الجناية استيفاؤه ، فان اقتص سقط الرهن كما لو تلف ، وإن كانت في طرف اقتص منه وبقي الرهن في باقيه ، وإن عفى على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد انت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع ، فان اختار فداءه فداه بأقل الامرين من قيمته أو أرش الجناية في أصح الروايتين لانه ان كان الارش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وان كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لان ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو اتلفه (والثانية) يفديه بأرش الجناية بالغا مابلغ لانه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته

(مسئلة) (فان فداه فهو رهن بحاله ، وان سلمه بطل الرهن)

اذا فداه الراهن فهو رهن بحاله لان حق المرتهن قائم لوجود سببه ، وانما قدم حق المجني عليه

بما روى عطاء أن رجلا رهن فرساً فنفق عند المرتهن فجاء الى النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال « ذهب حقك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى ولانه محبوس بدين فكان مضموناً كالمبيع اذا حبس لاستيفاء ثمنه

ولنا ماروى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال « لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الاثرم عن احمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذئب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه » وباقيه سواء قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أومثل معناه من حديث أبي أنيسة ولانه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد ولانه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة وعندمالك أن مالا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة . فاما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء يخالفه . قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذابا وقيل يرويه مصعب ابن ثابت وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس. وحديث أنس ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه ، وأما المستوفى فانه صار ملكا للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والبيع قبل القبض ممنوع .

(فصل) واذا قضاه جميع الحق أو أبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يده ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضاه كان مضمونا واذا أبرأه أو وهبه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لان القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه . وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه

لقوته ، فاذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لارهن له مع حق المرتهن فى تركة المفلس اذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر وهذا مذهب الشافعي ، وإن سلمه بطل الرهن لفوات محله فهو كالو تلف

(مسئلة) (فان لم يستغرق الارش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن ، وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهنا)

اذا لم يستغرق أرش الجناية قيمة الرهن بيع منه بقدر الارش وباقيه رهن لان بيعه انما جاز ضرورة ايفاء الحق ، فاذا اندفعت الضرورة ببيع البعض لم يجز بيع مابقي لعدم الضرورة فيه ، فان تعذر بيع بعضه بيع كله للضرورة المقتضية لبيعه ويكون باقي ثمنه رهنا لعدم تعلق الجناية به .وقال أبو الخطاب : هل يباع منه بقدر الجناية أو يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنا ؟ على وجهين (أحدهما) يباع بعضه خاصة لما ذكرنا (والثاني) يباع جميعه لان بيع البعض يستقبض له وهو عيب ينقص به الثمن وذلك يضر بالمالك والمرتهن ، وقد قال عليه السلام « لاضرر ولا ضرار »

(مسئلة) (فان اختار المرتهن فداءه ففداه باذن الراهن رجع به ، وان فداه بغير اذنه فهل يرجع به ؟ على روايتين

اذا امتنع الراهن من فداء الجاني فالمرتهن مخير بين فدائه وتسليمه ، فان اختار فداءه فبكم يفديه ؟ يخرج على روايتين فيما يفديه به الراهن ، فان فداه باذن الراهن رجع به عليه كما لو قضى دينه باذنه، وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على مالو قضى دينه بغير اذنه . فان زاد على الفداء الواجب لم يرجع به وجها واحداً .ومذهب الشافعي كما ذكرنا إلا انه

رده لانه أمسكه باذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فانه يختص بنفعها وبخلاف مالو أطارت الريح الى داره ثوبا لزمه رده الى مالكه لان مالكه لم يأذن في إمساكه ، فأما ان سأل مالكه في هذه الحال دفعه اليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه فان لم يفعل صار ضامناً كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها . وان كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلف فلا ضمان عليه لانه لا تفريط منه فأشبه المودع

(فصل) واذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكه والرهن باطل من أصله فان أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر عليه الضمان وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك وان ضمن الراهن رجع عليه ، وان لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه فالحكم كذلك لان الضمان يستقر عليه وان تلف بغير تفريطه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يضمن ويستقر الضمان عليه لان مال غيره تلف تحت يده العادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم (والثاني) لا ضمان عليه لانه قبضه على أنه أمانة من غير علمه فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (والوجه الثالث) أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب فان ضمن الغاصب لم يرجع على أحد وان ضمن المرتهن رجع على الغاصب لانه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة .

لا يرجع بما فداه بغير اذنه وجها واحداً ، وان شرط له الراهن الرجوع رجع قولا واحداً ، وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فيما بعد ، وان فداه وشرط ان يكون رهنا بالفداء مع الدين الاول فقال القاضي يجوز ذلك لان المجني عليه يملك بيع العبد وابطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ، ولان أرش الجناية متعلق به وانما ينتقل من الجناية إلى الرهن . وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لان العبد رهن بدين فلم يجز رهنه بدين سواه كما لو رهنه بدين غير هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى ان ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداه لم يرجع بالفداء ، وان فداه الراهن وبيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في ان الرهن من ضمان المرتهن وقد ذكرنا ذلك

(فصل) فان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن تكون غير موجبة للقود كجناية الخطأ واتلاف مال فيكون هدراً لان العبد مال سيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) ان تكون موجبة للقود فلا يخلو ان تكون على النفس أو على ما دونها ، فان كانت على مادون النفس فالحق للسيد ، فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا ، وكذلك ان عفا على غير مال وان اراد ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه كالاجنبي ولان القصاص يجب للزجر والحاجة داعية الى زجره عن سيده ، فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه أو قضاء عن الدين لانه أخرجه عن الرهن باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه ، ويحتمل أن لا يجب عليه شيء لانه اقتص باذنه فكأنه اقتص باذن الشارع فلم يلزمه شيء كالاجنبي ، وكذلك ان كانت الجناية على النفس فاقتص الورثة فهل تجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ما ذكرنا ، وليس للورثة العفو على مال لما ذكرنا في السيد لانهم يقومون مقام الموروث ، وذكر القاضي وجها آخر أن لهم ذلك لان الجناية في

﴿ مسئله ﴾ قال (وان اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وان اختلفا في قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه اذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة)

يعني إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه وهي اذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم ولانه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي هذا بألف فقال المرتهن بل بالفين فالقول قول الراهن ، وبهذا قال النخعي والثوري والشافعي والبتي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن مالم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فالقول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن في قدر ما رهنه به سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن إنما رهنتك بأحد الالفين ، وقال المرتهن : بل رهنته بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الالفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الالفين

ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبي وللشافعي قولان كالوجهين ، فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرناه

(فصل) فان جنى المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين (أحدهما) أن لا يكون مرهوناً فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته موجبة له فان عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدراً وسواء كان المجني عليه قنا أو مدبراً أو أم ولد

(الحال الثاني) أن يكون رهنا فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو غيره فان كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمة المقتص منه ، ويحتمل أن لا يجب لانه اقتص باذن الشارع فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكان رهنا بحق واحد فجنايته هدر لان الحق يتعلق بكل واحد منهما فاذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وان كان كل واحد منهما رهنا بحق منفرد ففيه أربع مسائل :

(إحداها) أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدراً سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر بدراهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لانه لا فائدة في اعتبار الجناية

(المسئلة الثانية) ان يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فان كان دين القاتل أكثر لم ينقل الى دين المقتول لعدم الغرض

وقال الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله فى أصل الرهن فكذلك في صفته وهذا إذا لم يكن بينة فان كان لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف فى جميع هذه المسائل

(فصل) وان اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافا . وان قال رهنتك هذا العبدقال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحلف الراهن على انه مارهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضاً . وإن اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله أيضاً لانه منكر والاصل معه . وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل اذا ادعيا الرد فان فيهما وجهين والفرق بينهما وبين المرتهن ان المرتهن قبض العين لينتفع بها وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لابالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لابها ، وان اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لان يده يد أمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله فيه كالمودع

(فصل) فان قال بعتك هذا الثوب على أن ترهني بثمنه عبديك هذين قال بل على أن أرهنك هذا وحده ففيها روايتان حكاهما القاضي (احداهما) يتحالفان لانه اختلاف في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه والقول قول المنكر وهذا أصح .

فيه وان كان دين المقتول أكثر نقل الى القاتل لان للمرتهن غرضا في ذلك وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهناً مكان المقتول أوينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لايباع لانه لافائدة فيه (والثاني) يباع لانه ربما زاد فيه من يرغب أكثر من ثمنه فان عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك

(المسئلة الثالثة) أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بان يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله وان كانت قيمة الجاني أكثر بيع منه بقدر جنايته تكون رهناً بدين المجني عليه والباقي رهن بدينه وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين اليه صار مرهوناً بهما فان حل أحد الدينين بيع بكل حال لانه إن كان دينه المعجل بيع ليستوفى من ثمنه ومابقي منه رهن بالدين الآخر وان كان المعجل الآخر بيع ليستوفى منه بقدره والباقي رهن بدينه

(المسئلة الرابعة) أن يختلف الدينان والقيمتان مثل ان يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة احدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول اكثر نقل اليه والا فلا

(فصل) فان كان المجني عليه رهنا عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه يكون رهنا لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . ويحتمل أن لا تجب لما ذكرنا وللسيد العفو على مال فتصير كالجناية الموجبة

(فصل) وان قال أرسلت وكيلك فرهنني عبدك على عشرين قبضها قال ماأمرته برهنه الا بعشرة ولا قبضت الا عشرة سئل الرسول فان صدق الراهن فعليه اليمين أنه مارهنه الا بعشرة ولا قبض الا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برئا جميعاً وان نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في أنه ماأخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتهن ظلمه ، وان صدق الوكيل المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه فان نكل قضي عليه بالعشرة ويدفع الى المرتهن وان حلف بريء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن لانه يزعم أنها حق له وانما الراهن ظلمه، وان عدم الرسول أو تعذر احلافه فعلى الراهن اليمين أنه ماأذن في رهنه الا بعشرة ولاقبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الاخرى

(فصل) اذا كان على رجل الفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه لانه أعلم بنيته وصفة دفعه ولانه يقول ان الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته . وان اطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال ابو بكر له صرفها الى ايهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة احدهما كان له ان يعين عن اى المالين شاء وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد منهما نصفه

للمال فيثبت المال في رقبة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى . فان كان الارش لايستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنا عند مرتهن المجني عليه وباقيه رهن عند مرتهنه ، وان لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسمة ثمنه بينهما على حسب ذلك يكون رهنا ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهنا عند الآخر، ويحتمل ان يباع لاحتمال ان يرغب في شرائه راغب بأكثر من قيمته فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله ماللموروثه من القصاص والعفو على مال لان الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء ، وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله ان يقتص فيما يوجب القصاص . وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فأشبهت الجناية على مادون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبي ثور لانه حق ثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه، وأصل الوجهين في وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل الى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين وكل موضع ثبت له المال في رقبة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث بهذه الصفة فينتقل إلى وارثه كذلك فان اقتص في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتهن

لانهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنهما ، فأما ان ابرأه المرتهن من احد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن ذكره ابو بكر

(فصل) واذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما ولم يضر انكاره لان الحق لهما ، وإن قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتهن له ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لانها شهادة الوكيل لموكله

(فصل) اذا كان في يد رجل عبد فقال رهنتني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرته فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الأصل عدم الرهن ، وان قال السيد بعتك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي ينكره ويأخذ السيد عبده وهكذا لو قال رهنتكه بألف اقرضتنيه قال بل بعتنيه بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب العبد الالف ويأخذ عبده

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهنتماني عبدكما بديني عليكما فأنكراه فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته اذا كان عدلا وللمرتهن ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً او يحلف مع احدهما ويصير نصيب الآخر رهناً وان اقر احدهما ثبت في حقه وحده، وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته ان كان عدلا لانه لايجلب لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وبهذا قال اصحاب الشافعي وقال بعضهم اذا انكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لان المشهود له يدعي ان كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن فاذا طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم

فالقصاص أولى ولان القصاص ثبت للموروث مقدما على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه فان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرناه

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان صبياً أو أعجميا لايعلم ذلك فالجاني هو السيد. يتعلق به موجب الجناية ، ولا يباع العبد فيها موسراً كان او معسراً كما لو باشر السيد الجناية ، وقال القاضي فيه وجه ان العبد يباع مع اعسار السيد لان العبد باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع مع اليسار ، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم إقرار غير المرهون على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان جني عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه)

اذا جني على الرهن فالخصم في ذلك السيد لانه المالك والارش الواجب بالجناية ملكه وانما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره ،فان ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائبا أوله عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها لان حقه متعلق بموجبها فكان له المطالبة به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لانه حق له وانما يثبت ليستوفى فان اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول اسحاق، ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لانه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن

له . قلنا لا يصح هذا فان انكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز ان ينسى او تلحقه شبهة فيما يدعيه او ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان احدهما كاذباً في مخالفته لصاحبه ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في احدهما

(فصل) واذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ومتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفرداً ، فان اراد مقاسمة المرتهن واخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لان على المرتهن ضرراً في قسمته ويقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة، وان رهن اثنان عبدهما عند رجل فوفاه احدهما انفك الرهن في نصيبه . وقد قال احمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على الف فقضاه احدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على مابقي ، وقال ابو الخطاب في رجل رهن عبده عند رجلين فوفى احدهما فجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه وهذا من كلام احمد وابي الخطاب محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً اذ لا يجوز أن يقال إنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهناً ، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهذه أربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهناً بمائتين وخمسين فمتى قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر قاله القاضي وهو الصحيح

ان يسعى للمرتهن في اكتساب مال ، ووجه الاول انه اتلف مالا استحق بسبب اتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال، وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون. وانما اوجبنا اقل القيمتين لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو اقل القيمتين لان الرهن ان كان اقل لم يجب اكثر من قيمته ، وان كان الجاني اقل قيمة لم يجب اكثر من قيمته لانها التي أتلفها بالقصاص وان عفا على مال صح عفوه ووجب اقل القيمتين لما ذكرنا ، هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا او قلع سن او نحوه فالواجب بالعفو اقل الامرين من ارش الجرح او قيمة الجاني لما ذكرنا وان عفا مطلقا انبنى على موجب العمد ماهو ؟ فان قلنا موجبه احد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه كما لو اقتص ، او قلنا ثم تجب القيمة على الراهن وجب هنا وهو اختيار ابي الخطاب لانه فوت بدل الرهن بعفوه اشبه ما لو اقتص ، وان قلنا لا تجب على الراهن ثم لم تجب ههنا وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه وكذلك ان عفا على غير مال

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان جنى على سيده فاقتص منه هو او ورثته وقد ذكرنا ذلك)

﴿ مسئلة ﴾ (وان عفا السيد على مال او كانت موجبة للمال فاقتص منه جعل مكانه)

اما اذا كانت الجناية موجبة للمال او ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويجب من غالب نقد البلد كقيم المتلفات ، فلو اراد الراهن ان يصالح عنها ويأخذ عوضاً عنها لم يجز إلا باذن المرتهن ، فان اذن جاز لان الحق لهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول وقائماً مقامه

(فصل) ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون صاحبي فأنكرهما جميعاً فالقول قوله مع يمينه ، وان أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف الآخر وان قال لا أعلم عين المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو فى يده منهما مع يمينه . وان كان فى أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده ، وان كان فى يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكه ، ولو قال رهنته عند أحدهما ثم رهنته للآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك ، وان قال هـذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف للآخر وان نكل والعبد فى يد الاول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم الى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وان نكل والعبد فى يد الثاني أقر فى يده وغرم قيمته للاول لانه أقر له بعد ما فعل ماحال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي اذا اعترف به لغير من هو فى يده فهل يرجح صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين. ولو اعترف لاحدهما وهو فى يديهما ثبتت يد المقر له وفى النصف الآخر وجهان

(فصل) اذا أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه ، وان أذن له قبل حلوله مطلقاً فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فاشبه مالو أذن في عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهناً لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي حق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف . ولنا أنه تصرف يبطل حق المرتهن

(مسئلة) (وان عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن ، فاذا انفك الرهن رد إلى الجاني ، وقال ابو الخطاب يصح وعليه قيمته)

اذا عفا السيد عن المال فقال القاضي يسقط حق الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر ان الرهن مغصوب او جان فان استوفى الدين من الارش احتمل ان يرجع الجاني على العافي لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو استعاره فرهنه ، واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني مايقتضي وجوب الضمان وانما استوفى بسبب منه حال ملكه له فأشبه مالو جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب : يضمن العفو مطلقاً ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهناً لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه ، قال ولا يمكن كونه رهنا مع تقدم حق الراهن فيه ولزمته القيمة لتقوية حق المرتهن كما لو اتلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلا لان حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه ، وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفا عن غاصبه . قال شيخنا : وهذا أصح في النظر ، فان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وان قال أسقطت الارش أو ابرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه وإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو والابراء منه لا يصح فلم يصح مايضمنه

من عين الرهن لا يملكه المرتهن فاذا أذن فيه اسقط حقه كالعتق ، ويخالف ما بعد الحلول لان المرتهن يستحق البيع، ويخالف الاتلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال انما أردت باطلاق الاذن أن يكون ثمنه رهنا لم يلتفت إلى دعواه لان اطلاق الاذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن وبهذا قال الشافعي وان أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنا أو يعجل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان أذن في البيع واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا أو تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة ، وان أذن الراهن في البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه ، وان باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فان اختلفا في الرجوع قبل البيع فقال القاضي القول قول المرتهن أيضاً لان الاصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فتعارض الاصلان وبقيت العين رهنا على ما كانت وبهذا كله قال الشافعي وهذا فيما لا يحتاج الى بيعه ، فاما ما دعت الحاجة الى بيعه كالذي خيف تلفه اذا أذن في بيعه مطلقا تعلق الحق بثمنه لان بيعه مستحق فأشبه ما بيع بعد حلول الدين

(فصل) اذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لانه دين حال فلزم ايفاؤه كالذي لا رهن به فان لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلمالكه وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن . وان لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء وبيع الرهن فان فعل والا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله

(فصل) وان أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما ، وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه فاذا قضى الراهن الحق أو ابرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه وان ألقته حيا ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لانه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها، ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ويحتمل ان يجب أكثر الامرين من نقصها أو ضمان جنينها لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانهما وجب ضمان أكثرهما، وان ضرب بطن بهيمة فالقت ولدها ميتا ففيه ما نقصتها الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام ، وقال الشافعي : ما وجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن ولنا أنه ضمان وجد بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وولد البهيمة

(مسئلة) (وان وطيء المرتهن الجارية بغير اذن الراهن فعليه الحد والمهر وولده رقيق)

لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة اجماعا لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم وليست هذه زوجته ولا ملكه ، فان فعل بغير اذن الراهن عالما بالتحريم فعليه الحد لانه

فلم ينفذ بيعه بغير اذنه . ولنا أنه حق تعين عليه فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالايفاء من جنس الدين وان وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه حيا كان الراهن أو ميتا)

وجملته انه اذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجر عليه لفلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن فانه يخص بثمنه عن سائر الغرماء لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، فيباع الرهن فان كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وان كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وان فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو احق بها ثم يقسم الباقي بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجناية المفلس لم يقدم وكان أسوة الغرماء لان ارش جنايته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون بخلاف أرش جناية العبد فانها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به ممن تعلق حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الرهن حيا أو ميتا لان تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقا بعين المال وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ماثبت به كارش الجناية .

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش

لا شبهة له فيه فان الرهن وثيقة بالدين ولا مدخل لذلك في اباحة الوطء ، ولان وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى، ويجب عليه المهر سواء أكرهها أو طاوعته ، وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي ، ولان الحد اذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة . ولنا ان المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو أذنت في قطع يدها ، ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكارش بكارتها لو كانت بكراً والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهة فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصنا) وقولهم لايجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي مسئلتنا لا يجب لها وانما يجب لسيدها . ويفارق الحرة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها باذنها وههنا المستحق لم يأذن، ولان الوجوب في حق الحرة تعلق باكراهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي ان يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقد له ، أو ادعى بشبهة أو لم يدعها لايسقط المهر بشيء من ذلك لانه حق آدمي فلا يسقط بالشبهات وولده رقيق للراهن لانه من زنا ولانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الاجنبي

جناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالا آخر أنه يقدم على الغرماء لانه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لاصحاب الشافعي ، ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فان حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الاول منتقض بارش جناية المفلس والثاني مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فأما ان كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لانه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس فلا شيء على العدل لانه أمين .

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً ، فان هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وان استأجر جملا في الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر اسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالعين ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، فان آجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة ، وان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه احوط من التأخير فاذا استوفى المستأجر يسلم المشتري ، وان اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الاجارة فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم

﴿ مسألة ﴾ (وإن وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته)

وجملة ذلك ان المرتهن اذا وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم فان احتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً اباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته ، وان لم يحتمل صدقه كالناشيء ببلاد المسلمين مختلطاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل فيكون ولده رقيقا للراهن لانه من زنا ، ومتى كان الوطء باذن الراهن لم يجب عليه قيمة الولد وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء اذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت سقط حقه من الرهن ، وكما لو اذن في قطع أصبع لم يضمنها وكالحرة اذا اذنت في وطئها سقط عنه الضمان ، وفيه قول ان قيمة الولد تجب ؟ وإن أذن الراهن في الوطء وهو منصوص الشافعي لان وجوب الضمان يمنع اتخاذ الولد رقيقا ويشبه اعتقاد الحل وما حصل ذلك باذنه بخلاف وطء الراهن فان خروجها من الرهن بالحمل الذي سببه الوطء المأذون فيه ولا يجب المهر اذا كان الوطء باذن الراهن ، وقال أبو حنيفة يجب وعن الشافعية كالمذهبين

ولنا انه اذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ، ولان المالك اذن في استيفاء المنفعة

(فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما لان المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ماقبل قبض الثمن وما بعده ، وان كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لانه وجد عين ماله وان لم يجده فله أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذي يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر مايستحقه وان لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما في الذمة من المسلم فيه ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه ، وان امكن ان يشتري بالمعزول اكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشتري له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل افلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم ، فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا ان حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس الا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيدفع اليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر ، فان غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا انه يستحق مثلي مايستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضاً لان المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه فان زاد فللمفلس وان نقص فعليه

(فصل) قال عبد الله بن احمد سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لايعرف أصحابها ولا من رهن عنده قال اذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها فان عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يغرم لهم ، هذا الذي أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل ، فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ونقل أبو طالب لايستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبها فطلبه أعطاه اياه وطلب منه حقه ،واما ان رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك

فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة،وولده حر للشبهة وقد ذكرناه ، ولا تصير هذه الامة أم ولد بحال سواء ملكها المرتهن بعد الوضع أو قبله ، وسواء حكمنا برق الولد أو حريته وفيه وجه آخر أنه اذا ملكها حاملا أنها تصير ام ولد وسنذكر ذلك في امهات الاولاد

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت ابي عن رجل عنده رهون كثيرة لايعرف اصحابها ولا من رهن عنده قال : اذا ايست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى ان تباع ويتصدق بثمنها ، فان عرف بعد اربابها خيرهم بين الاجر او يغرم لهم . هذا الذي اذهب اليه ، وقال ابو الحارث عن احمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ، ونقل ابو طالب لايستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبه بعد فطلبه اعطاه إياه وطلب منه حقه ، واما إن رفع امره الى الحاكم فباعه ووفاه حقه منه جاز ذلك

كتاب المفلس

المفلس هو الذي لامال له ولا مايدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه « أتدارون من المفلس ؟ » قالوا يارسول الله المفلس فينا من لادرهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » أخرجه مسلم بمعناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد واعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغني ونحو هذا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره وإنما السابق من غفر له » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض أنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح بميت إنما الميت ميت الأحياء

وانما سمي هذا مفلساً لانه لامال له الاالفلوس وهي أدنى أنواع المال ، والمفلس في عرف الفقهاء

(باب الحجر)

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) اي حراما محرماً ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر ؟) اي عقل سمي حجراً لانه يمنع صاحبه من ارتكاب مايقبح ، وهو في الشرع منع الانسان من التصرف في ماله

(مسئلة)) وهو على ضربين حجر على الانسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره) كالحجر على المريض في التبرع بما زاد على الثلث لحق الورثة ، وعلى العبد والمكاتب لحق السيد والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن

ولهؤلاء ابواب يذكرون فيها ، ومن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو المذكور ههنا، والمفلس هو الذي لا مال له ولا مايدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لاصحابه « اتدرون من المفلس؟ » قالوا يارسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس ، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ضرب هذا ولطم هذا وأكل مال هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك الى النار » أخرجه مسلم بمعناه فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس، وقول النبي ﷺ « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغني، ونحو هذا قوله عليه الصلاة والسلام « ليس الشديد بالصرعة أنما الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح بميت إنما الميت ميت الاحياء

قيل إنما سمي هذا مفلسا لانه لامال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال ، والمفلس في عرف

من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً وان كان ذا مال لان ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فانه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ماعليه فقسمت بين الغرماء وبقي لاشيء له، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز ان يكون سمي بذلك لانه يمنع من التصرف في ماله الا الشيء التافه الذي لايعيش الا به كالفلوس ونحوها

(فصل) ومتى لزم الانسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته فاذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام (أحدها) تعلق حقوق الغرماء بعين ماله (والثاني) منع تصرفه في عين ماله (الثالث) ان من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء اذا وجدت الشروط (الرابع) ان للحاكم بيع ماله وايفاء الغرماء، والاصل فى هذا ماروى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله رواه الخلال باسناده، وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي صلى الله عليه وسلم غرماؤه، فلو ترك أحد من اجل احد لتركوا معاذاً من اجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء، قال بعض أهل العلم انما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كانوا يهوداً

﴿مسئلة﴾ قال (واذا فلس الحاكم رجلا فاصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون اسوة الغرماء)

وجملته ان المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه اياها بعينها بالشروط التي

الفقهاء من دينه أكثر من ماله، وسموه مفلساً وان كان ذا مال لان ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم وقد دل عليه تفسير النبي ﷺ مفلس الآخرة فانه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها لاتفي بما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لاشيء له ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ويجوز أن يكون سمي بذلك لانه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لايعيش إلا به كالفلوس

(مسئلة) ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله لانه لايلزمه أداؤه ولم يحجر عليه من أجله لانه لايستحق المطالبة به فلم يجز منعه من التصرف في ماله بسببه فان كان بعض دينه مؤجلا وبعضه حالا وكان ماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً، وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله حجر عليه فى أحد الوجهين لان الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً، ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ولان الغرماء لايمكنهم طلب حقوقهم فى الحال فلا حاجة الى الحجر

(مسئلة) (فان أراد سفراً يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه الا أن يوثقه برهن أو كفيل)

يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته ، روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو اسوة الغرماء لان البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه اسقط حقه من الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ، ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه ، قال أحمد لو أن حاكما حكم انه اسوة الغرماء ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ، ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه اذا شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويفارق المبيع الرهن فان امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل والثمن ههنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل ، وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده . اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار ، ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر الى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الأمة

(فصل) وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب وفي ذلك روايتان (إحداهما) هو على التراخي لانه حق رجوع يسقط إلى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) هو على الفور لانه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب ولان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالغرماء لافضائه إلى تأخير حقوقهم فاشبه خيار الاخذ بالشفعة ونصر القاضي هذا الوجه ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

وجملة ذلك أن المدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر كمن يسافر إلى الحج لا يقدم الا في صفر ودينه يحل في المحرم فله منعه من السفر لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهنا يفي بالدين عند المحل فله السفر لزوال الضرر بذلك .

(مسئلة) (فان كان لايحل الدين قبله ففي منعه روايتان)

أما إذا كان الدين لا يحل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر فان كان سفره الى الجهاد فلغريمه منعه الا بضمين أورهن لانه سفر يتعرض فيه لذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان لغير الجهاد فليس له منعه في إحدى الروايتين ، وهو ظاهر كلام الخرقي لان هذا السفر ليس بامارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعي الى الجمعة (والثانية) له منعه لان قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر فملك منعه منه كالاول ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلا بحال سواء كان الدين يحل قبل محل

(فصل فان بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه قبوله نص عليه احمد ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع لان الرجوع إنما يجوز لدفع مايلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب ، ولنا الخبر الذي رويناه ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ماعليه لسيده ، وبهذا ينتقض ماذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من التركة ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لايأمن تجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه ، وإن دفعوا الى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو اسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء او وهب له مال فأمكنه الاداء منه او غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسخ لزوال سببه ولانه أمكنه الوصول الى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى المفلس من انسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم ولانه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلا ولان العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة فاشبه من اشترى معيباً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها ، وفيه وجه ثالث ان باعه عالماً بفلسه فلا فسخ له وان لم يعلم فله الفسخ

سفره أولا الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير ، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه اذا لم يوثقه برهن أو كفيل كالسفر بعد حلول الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملك كحجره

(مسئلة) (واذا كان حالا وله ما يفي به لم يحجر عليه)

لعدم الحاجة الى ذلك ويأمره بوفائه فان أبى حبسه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لي الواجد يحل عرضه وعقوبته » رواه أحمد فعقوبته حبسه وعرضه أن يغلظ له فيقال له يا ظالم يا متعدي ونحو ذلك

(مسئلة) (فان أصر باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملته ان الغريم اذا حبس فصبر على الحبس ولم يقض الدين قضى الحاكم دينه من ماله . وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وقضى دينه وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم بيع ماله لكنه يجبره على البيع اذا لم يمكن الايفاء بدونه ، فان امتنع لم يبعه الحاكم وانما يحبسه ليبيع بنفسه الا ان يكون عليه احد النقدين وما له من النقد الآخر فيدفع أحد النقدين عن الآخر لانه رشيد لاولاية عليه فلم يجز بيع ماله بغير اذنه كالذي لادين عليه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ما له في دينه . رواه الخلال باسناده ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال : ألا ان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غداً

كمشتري المعيب، ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضى بالمعسر بها رضى بعيب مالم يجب بخلاف مسئالتنا وانما يشبه هذ اذا تزوجته معسراً بالصداق وسلمت نفسها اليه ثم ارادت الفسخ

(فصل) ومن استأجر أرضاً ليزرعها فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الاجارة لانه وجذعين ماله ، وان كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة وان كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع اذا تلف بعضه فان المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها اجرة لانه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخر من اكترى ارضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الارض فعليه تبقية زرع المفلس الى حين الحصاد بأجر مثله لان المعقود عليه المنفعة فاذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد ان أتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى ، وهذا مذهب الشافعي ، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد لصحته الخبر ولا يصح في النظر. أما الخبر فلان النبي ﷺ انما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما ادرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالاجماع فانهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولان معنى قوله « من أدرك متاعه بعينه » أي على وجه يمكنه أخذه لا يتعلق حقه بعينه وليس هذ كذلك ، وأما النظر فلان البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله اليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين

فانا باثعو ماله وقاسموه بين غرمائه » ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأثمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير

(مسئلة) (وان ادعى الاعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس الا أن يقيم البينة على نفاد ماله أو إعساره ، وهل يحلف معها ؟ على وجهين وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله)

وجملة ذلك أن من وجب عليه دين حال فطولب به فلم يؤده فان كان في يده مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء ، وان لم يظهر له مال فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم يجز ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك » ولان الحبس اما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس فان كذبه غريمه فلا يخلو اما ان يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف انه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره. قال ابن المنذر أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن ، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن أبي جعفر والليث بن سعد .

ولا أمكن ردها اليه ، وانما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقتضي في محل النص ولا هو في معناه فاثبات الحكم به تحكم بغير دليل ، ولو اكترى رجلا يحمل له متاعا إلى بلد ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء فللمكتري الفسخ ، وان حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ وقياس قول القاضي له ذلك فاذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الاجر المسمى ، وعلى قياس قول القاضي ينفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) فان أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقترض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولانه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع ، وان أصدق امرأة له عيناً ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو احق بها لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كاسوة الغرماء)

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط (أحدها) أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فان تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه ، أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يكن

ولنا ان الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فان شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم ، وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لأنه تكذيب للبينة ، وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفى بشهادتها وثبتت عسرته وان لم تشهد الا بالتلف وطلب الغريم يمينه على عسرته وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لانه غير ما شهدت به البينة وان لم تشهد بالتلف وانما شهدت بالأعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة لان هذا في الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك انه قال لا تسمع البينة على الاعسار لانها شهادة على النفي فلم تسمع كما لو شهدت أنه لا دين عليه

ولنا ما روى قبيصة بن المخارق أن النبي ﷺ قال « ياقبيصة ان المسئلة لا تحل الا لاحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش ـ اوقال ـ سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من اهل الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش ـ أوقال ـ سداداً من عيش » رواه مسلم وأبو داود ، وقولهم ان الشهادة على النفي لاتقبل قلنا لا ترد مطلقا فانه لو شهدت بينة أن هذا وارث هذا الميت لا وارث له سواه قبلت ، ولان هذه وان كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما اذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته بخلاف مسئلتنا وتسمع البينة في الحال ، وبهذا قال الشافعي

للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي والعنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالاب فيما وهب لولده ، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » فشرط ان يجده بعينه ولم يجده بعينه ولانه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن او يأخذه بقسطه من الثمن لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدين او ثوبين تلف أحدهما ع أو بعض احدهما ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان (إحداهما) لا يرجع نقلها أبو طالب عن أحمد قال لا يرجع ببقية العين ويكون اسوة الغرماء لانه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عيناً واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كما لو قطعت يد العبد ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوباً واحداً فتلف بعضه فهو اسوة الغرماء ، وإن كان رزماً فتلف بعضها فانه يأخذ بقيتها إذا كان بعينه لان السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو احق به » ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع

(فصل) وان باع بعض المبيع او وهبه او وقفه فهو بمنزلة تلفه لان البائع ما أدرك ماله بعينه

(فصل) وان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر او مرض او تغير عقله ، أو كان ثوباً فخلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرجه عن كونه

وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال وتحبس شهراً وقيل ثلاثة أشهر ، وروي أربعة حتى يغلب على ظن الحاكم انه لو كان له مال لأظهره

ولنا أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات وما ذكروه لو كان صحيحاً لاغنى عن البينة، فان قال الغريم أحلفوه لي مع بينته أن لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر. قال القاضي سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لانها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده وفيه وجه آخر انه يستحلف وهو القول الثاني للشافعي لانه يحتمل ان يكون له مال خفي عن البينة . قال شيخنا : ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالاعسار لانها اذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى له مالا سواه أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ، ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى ان له مالا سواه لزمته اليمين فكذلك إذا قامت به البينة فانها لا تزيد على الاقرار ، فان كان الحق ثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كأرش الجناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كانت امرأة فان لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وإنما اكتفينا بيمينه لان الاصل عدم المال ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء « لا تيأسا من الرزق ما اهتزت رؤسكما فان ابن آدم يخلق وليس له إلا قشرتاه ثم يرزقه الله تعالى »

عين ماله لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين ان يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه لان الثمن لايتقسط على صفة السلعة من سمن او هزال او علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الاسعار، ولو كان المبيع أمة ثيباً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا فانها لم تنقص في ذات ولا في صفات، وان كانت بكراً فقال القاضي: له الرجوع لانه فقد صفة فانه لم يذهب منها جزء وانما هو كالجراح، وقال أبو بكر: ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزءاً فأشبه مالو فقأ عينها، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لايرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن فأشبه مالو فقئت عين العبد لانه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ولانه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواه كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه، ولان الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما فلا يثبت في محل لايحصل به هذا المقصود. وقال القاضي: قياس المذهب ان له الرجوع لانه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب، فاذا رجع نظرنا في الجرح فان كان مما لاأرش له كالحاصل بفعل الله تعالى او فعل بهيمة او جناية المفلس او جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش، وإن كان الجرح موجباً لأرش كجناية الاجنبي فللبائع إذا رجع ان يضرب مع الغرماء بحصة مانقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن، فان قيل فهلا جعلتم له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به ارش لم

قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والاصل عدم ماله بخلاف من علم له مال فان الاصل بقاء ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه ومطلق كلام الخرقي يدل على أنه يحبس في الحالتين لكنه ينبغي ان يحمل كلامه على هذا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يجز مطالبته ولا ملازمته، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب، فاذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول معه والا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان»

ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كصاحب الدين المؤجل، وقول الله تعالى (فنظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا، وقد ثبت ان النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه «خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم والترمذي

(مسئلة) (وان كان له مال لايفي به فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته أجابتهم)

اذا اتفق الغرماء على طلب الحجر عليه في هذه الحال لزم الحاكم إجابتهم ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لانه لا ولاية له في ذلك انما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم، وكذلك ان سأله بعضهم، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه فاذا ادى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لانه فصل مجتهد فيه. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الخلال باسناده

يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع باكثر من الارش ? قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضموناً باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالارش ، واذا لم يتلفه أجنبي فلم يكن مضموناً فلم يجب بفواته شيء ، فان قيل : فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لا يضمنه للبائع ? قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر أو قمحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك : يأخذ زيته ، وقال الشافعي : ان خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن . وان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يسقط حقه من العين ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ولانه ليس فيه اكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوباً فصبغه او سويقاً فلته

ولنا انه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ولان ما يأخذه من غير عين ماله إنما يأخذه عوضاً عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه » اي من قدر عليه وتمكن من اخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس او كانت مسامير قد سمر بها باباً او حجراً قد بني عليه او خشباً في سقفه او امة استولدها وهذا إذا اخذ كيله او قيمته إنما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فان عينه يمكنه اخذها والسويق كذلك فاختلفا .

(فصل) وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله نافذ من البيع والهبة والاقرار وقضاء بعض الغرماء وغير ذلك وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ، ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ، ولانه من أهل التصرف ، ولم يحجر عليه أشبه المليء وان أكري جملا بعينه أو داراً لم تنفسخ اجارته بالفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب اظهار الحجر عليه والاشهاد عليه)

لتجتنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم ، ويشهد عليه لينتشر ذلك وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام (أحدها) تعلق حق الغرماء بماله فلا يصح تصرفه فيه ولا يقبل اقراره عليه الا العتق على احدى الروايتين) متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء والا بطل . ولنا ان حقوق الغرماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ولانه محجور عليه بحكم حاكم فأشبه السفيه ، وان اقر بدين لم يقبل في الحال ويتبع به بعد فك الحجر عنه نص عليه وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول، وقال في الآخر يشاركهم اختاره ابن المنذر لانه دين ثابت مضاف الى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء

(فصل) وان اشترى حنطة فطحنها او زرعها او دقيقاً فخبزه او زيتاً فعمله صابوناً او ثوباً فقطعه قيصاً او غزلا فنسجه ثوباً او خشباً فنجره ابواباً او شريطاً فعمله ابراً او شيئاً فعمل به ماازال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان أحدهما به اقول يأخذ عين ماله ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة وانما تغير اسمها فأشبه مالو كان المبيع حملا فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلا ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولانه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجراً . والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع وان سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإن كان حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو نوى فنبت شجراً أو بيضاً فصار فراخا سقط حق الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي المنصوص عليه منهما لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة ، ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فاخذ قيمته ولان الحب اعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع وكذلك أعيان الزرع والفرخ

كما لو ثبت ببينة ، ولنا انه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه ولانه اقرار يبطل ثبوته في غير حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على الغرماء فلم يقبل كاقرار الراهن ولانه متهم في اقراره وفارق البينة فانه لا تهمة في حقها ، فان كان المفلس صانعاً كالقصار والحائك في يده متاع فأقر به لاربابه لم يقبل والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها لانها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم اقراره يلزم في حقه دون الغرماء فان أعتق بعض رقيقه صح في احدي الروايتين ونفذ وهو قول أبي يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر . وفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير بخلاف غيره ، والاخرى لا ينفذ عتقه وبه قال مالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رءوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله ، وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ولا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه إلا في ملكه صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (فان تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح)

ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه أهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر متعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك اذا علموا بفلسه وعاملوه ومن لا يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة ، فعلى هذا يتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وفي اقراره خلاف ذكرناه في المسئلة التي قبلها ، فاما ان ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه أشبه مالو شهدت به قبل الحجر

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى شارك المجني عليه الغرماء وان جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه)

إذا جنى المفلس بعد الحجر جناية موجبة للمال شارك المجني عليه الغرماء لان حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ، ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها الى مال او صالحه المفلس على مال

ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لاحق لهم في الرجوع لانهم لم يجدوا أعيان أموالهم على قول من قال له الرجوع في الزرع يكون عليه غرامة الاجرة وثمن الماء أو قيمة ذلك

(فصل) وان اشترى ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت فقال أصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما ، وهو مذهب الشافعي لان عين مالهما قائمة مشاهدة ماتغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له وان حصل نقص فعليه وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق فان شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له وان شاء تركهما وله أسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالهزال، ويحتمل ان لايكون له الرجوع إذا زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كما لو سمن العبد ولان الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن الحاقه به

(فصل) وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقاً فبائعها أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لانه وجد عين ماله ، قالوا ولو اشترى ثوباً وصبغاً وصبغ الثوب بالصبغ

شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما أوجب المال ، فان قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا ، فان جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه لان الحق تعلق بالعين فقدم على من تعلق حقه بالذمة كما يقدم حق المرتهن بثمن الرهن على الغرماء ولان حق المجني عليه يقدم على حق المرتهن فأولى ان يقدم على حق الغرماء

(فصل) قال رحمه الله (الثاني أن من وجد عنده عينا باعها اياه فهو أحق بها بشرط أن يكون المفلس حيا ولم ينقد من ثمنها شيئاً والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق)

وجملته ان المفلس إذا حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها فله فسخ البيع والرجوع في عين ماله بالشروط التي نذكرها روي ذلك عن عثمان وعلي وابي هريرة وبه قال عروة ومالك والشافعي والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو اسوة الغرماء لان البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حق الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ماروى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ادرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه قال أحمد . لو ان حاكما حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه لو شرط في البيع رهنا فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو

رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضي مثل هذا في موضع .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولان المشترى شغله بغيره على وجه التبع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كالوكان حجراً بنى عليه أو مسامير سمر بها بابا ، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فقال أصحابنا لافرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ . ويحتمل ان يرجع فيهما ههنا لانه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولان المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه اشترى رفوفا ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعها فيهما كذلك وكذلك ماأشبهه

(فصل) اذا اشترى ثوباً فقصره لم يخل من حالين (أحدهما) أن لاتزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها وسواء نقصت قيمته بذلك أولم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولاشيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الخرقي لان الثوب زاد زيادة لاتتميز فلم يملك

وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ويفارق البيع الرهن فان امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل والثمن ههنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده ، اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع ، وكان أسوة الغرماء وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب يثبت جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار ، ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنص فلم يحتج الى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق أمة

(فصل) وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي فيه وجهان (أحدهما) أنه على التراخي لأنه حق رجوع يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) على الفور لان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالغرماء لافضائه الى تأخير حقوقهم فأشبه خيار الاخذ بالشفعة وهذان الوجهان مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالعيب ، ونصر القاضي الوجه الثاني ولاصحاب الشافعي الوجهان

(فصل) فان بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليتركها لم يلزمه قبوله نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع انما جاز لدفع مايلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب

ولنا الخبر الذي رويناه ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو أعسر المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده وبهذا

البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به والزيت إذا لت به سويق، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها ، فعلى قولهم ان كانت القصارة بعمل المفلس أو باجرة وفاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه ولبائعه خمسة اسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري وان لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقي وان كانت اكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والاجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) الشرط الثاني أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحو ذلك ، واختلف المذهب في هذا فذهب الخرقي الى أنها تمنع الرجوع ، وروى الميموني عن احمد انها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي الا أن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، ، احتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فانه ليس بفسخ ولان الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاما وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن .

ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ولانها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصلة بفعله ولان النماء لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله ،وفارق الرد بالعيب لوجهين (أحدهما) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (والثاني) ان الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ

ينتقض ما ذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من مال المفلس ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لا يأمن أن يظهر له غريم لم يحضر فيرجع عليه ، وان دفعوا الى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو اسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء أو وهب له مال فأمكنه الاداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يملك الفسخ لزوال سببه ولأنه أمكنه الوصول الى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى المفلس من انسان سلعة بعد الحجر في ذمته وتعذر الاستيفاء لم يكن له الفسخ سواء علم أو لم يعلم لانه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلا ولان العالم بالفلس دخل على بصيرة بخراب الذمة أشبه من اشترى معيبا يعلم عيبه ، وفيه وجه أخر له الخيار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها ، وفيه وجه ثالث ان كان عالما بفلسه فلا فسخ له ، وان لم يعلم فله الفسخ كمشتري المعيب ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضا بالمعسر بها رضا بعيب مالم يجب

النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم : إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة - لا يصح فان اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب . ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكن كذلك علم ان المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا الى تمام ديونهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته

(فصل) وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل . يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء فلان يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ولانه اذا رجع في الناقص فما رجع الا فيما باعه وخرج منه وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق

(فصل) فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس ، هذا ظاهر كلام الخرقي لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد والقاضي ومذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن احمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة .

بخلاف مسئلتنا ،وإنما يشبه هذا اذا تزوجت معسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ

(فصل) وان استأجر أرضاً للزرع فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الاجارة لانه وجد عين ماله وان كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة ؛ وان كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع اذا تلف بعضه فان المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجر لانه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخر من اكترى ارضا فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الارض فعليه تبقية زرع المفلس الى حين الحصاد بأجر مثله لان المعقود عليه المنفعة فاذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد تلف المبيع فله قيمته ، ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ، ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد بصحته الخبر ولا يصح في النظر . أما الخبر فلأن النبي ﷺ انما قال « من ادرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ماادرك متاعه بعينه ولاهو أحق به بالاجماع فانهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولان معنى قوله من أدرك متاعه بعينه أي على وجه يمكنه أخذه ويتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك ، وأما النظر فان البائع انما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وامكان رد ماله اليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين

ولنا أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لورده بعيب ولانه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الاقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فان المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره ، وكلام احمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها الا ان يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها من اجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل،والصحيح أننا ان قلنا ان الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول ابى بكر لا يمنع الرجوع فيها وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمنع الرجوع في الام لئلا يفضي الى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع في الام ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وان لم يفعل بيعت الام وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الام فهو للبائع وما خص الولد كان للمفلس ، وان قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم فان كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكمها حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض احدهما فهل يمنع ذلك الرجوع في الاخرى كذلك؟ يخرج ههنا وجهان (أحدهما) انه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الام دون الولد على ما فصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منهما لانه لم يجد المبيع الا زائداً فامتنع عليه الرجوع كالعين الواحدة ، وان كان المبيع حيواناً غير الامة فحكمه حكمها الا في ان التفريق بينها وبين ولدها جائز ، والامة بخلاف ذلك .

ولا أمكن ردها اليه وانما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقتضي في محل النص ولا هو في معناه فاثبات الحكم به تحكم بغير دليل ، ولو اكترى من يحمل له متاعا الى بلد ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء فللمكتري الفسخ . وان حمل البعض أو بعض المسافة لم يكن له الفسخ في قياس المذهب وقياس قول القاضي له ذلك واذا فسخ سقط عنه حمل مابقي وضرب مع الغرماء بقسط ماحمل من الاجر المسمى وعلى قياس قول القاضي ينفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) وان أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقترض وعين المال قائمة فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولانه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع فان أصدق امرأة عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل الدخول بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا

(فصل) وانما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة (أحدها) أن يكون المفلس حيا فان مات

(فصل) وان اشترى حائلا فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولاتمنعه على رواية الميموني ،وان افلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح،ويمتنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي ، ويحتمل أن يرجع في الام على ماذكرنا في التي قبلها ، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما ، وقال القاضي : اذا وجدها حاملا انبنى على ان الحمل هل له حكم أولا ؟ فان قلنا لاحكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة . وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل يتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) إذاكان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر ويشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم مالو اشترى عينين فتلفت احداها ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمن ؟ على روايتين . وإن تلف بعضها فهو كتالف جميعها . وإن زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق فان أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع)باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي كالسمن والكبر ،ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح إفراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن والكبر وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ بعيب وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والاخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر

فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك ، إسحاق ، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات أو افلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » رواه أبو داود وابن ماجه ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه،ولان الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ماروى أبو بكر بن عبد الرحمن عن ابي هريرة عن النبي ﷺ في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داد وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امريء مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى

والصحيح الاول لان الثمرة لاتتبع في البيع الذي ثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضى المشترى أولى . ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من فعل المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها لان العين لاتنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها فان ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه وعدم زواله . وإن قال له البائع بعت بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهم لانهم يجرون إلى أنفسهم نفعاً ، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجع البائع في الاصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر وكل موضع لايتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاز ، وكذلك إذا رجع في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل اوان الحصاد لان المشتري زرع في ارضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه اخذه قبل كماله كما لو باع الاصل وعليه الثمرة او الزرع وليس على صاحب الزرع اجر لأنه رزع في ارضه زرعا تجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك . اذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فان كان مما لاقيمة له مقطوعا او قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وتضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته وان كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان (احدهما) يقدم قول من طلب القطع لانه احوط فان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي واكثر اصحاب الشافعي (والثاني) ينظر إلى مافيه الحظ فيعمل به لان ذلك انفع لجميعهم والظاهر سلامته ولهذا يجوز ان يزرع للمولي عليه ، وفيه وجه آخر انه إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت اجابتهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايفائها وان كان الطالب له المفلس دونهم وكان التأخير احظ له لم يقطع لانهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس والمفلس يطلب مافيه ضرر بنفسه ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته الى ذلك

من ثمنه شيئاً أو لم يقبض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه الموهوب وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، وقال ابن عبدالبر يرويه ابو المعتمر عن الزرقي وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به اجماعا فانه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه ، والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ماحكي عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال لصاحب السلعة ان يرجع فيها اذا مات المشتري ، وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن اقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله ويفارق حال الحياة حالة الموت لامرين (احدهما) ان الملك فى الحياة للمفلس وههنا لغيره (الثاني) ان ذمة المفلس خربت ههنا خرابا لايعود واختصاص هذا بالعين يضر بالغرماء كثيراً بخلاف حال الحياة

(الشرط الثاني) أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا فان كان قدقبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع

(فصل) اذا أقر الغرماء بان الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنهم لاحق لهم فيه فان أراد دفعه الى أحدهم وتخصيصه بثمنه فله ذلك لاقرار باقيهم بعدم حقهم فيه فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الابراء من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه وإما أن تبريء من قدر ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له ان يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب الى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر المكاتب، وان أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الابراء لذلك ، فان قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم إلى البائع لانهم يقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعتق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه . وان باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لانهم انما اعترفوا بالعين لا بثمنها ، وان شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وان عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فابوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانه انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم الا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالقرض أو المسلم فيلزمه أخذها عرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بان المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فانكر ذلك لم يقبل قولهم الا أن يشهد منهم عدلان ويكون حكمهم في قبض العبد أو اخذ ثمنه ان عرضه عليهم حكم

وبهذا قال اسحاق والشافعي في القديم . وقال في الجديد له أن يرجع في قدر مابقي من الثمن لانه سبب ترجع به العين كلها الى العاقد فجاز أن يرجع في بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح ، وقال مالك هو مخير ان شاء رد ماقبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع

ولنا ماروى أبوهريرة عن النبي ﷺ «أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له » رواه الامام أحمد ورواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له وان كان قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء » رواه أبوداود وابن ماجه ولان في الرجوع في قسط مابقي تبعيضا للصفقة على المشتري واضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لا ضرر عليه في ذلك لان ما له يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يندفع الضرر بالبيع فان قيمة الشقص تنقص ولا يرغب فيها مشقصا فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولانه سبب يفسد به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى ، فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ولا حجة في المراسيل قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلا فلا يضر إرسال من ارسله على ان حديثنا الاول يكفي في الدلالة وهو متصل رواه الامام أحمد .

(فصل) الشرط الثالث أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فان تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت

مالو أقروا بالثمن للبائع ، وكذلك ان اقروا بعين مما في يديه انها غصب او عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بانه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس، فان قلنا لا يصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وان قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فلسه،وان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه على كل حال لانه فصل مجتهد فيه ، فيلزم ماحكم به الحاكم،ولا يجوز نقضه ولا تغييره

(فصل) وان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالنخيل ، وعلى الغرماء اليمين انهم لا يعلمون ان البائع رجع قبل التأبير ،ولان هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف مالو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لان اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا احلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ، ولا يجوز أن يكون نائبا فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة ، وفي مسئلتنا الاصل ان هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه فأشبه سائر أعيان ماله ، ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على نفي الدين عن الميت، ولو اقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين انهم لا يعلمون ذلك ، وكذلك لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فانكروه فعليهم اليمين ايضا ، ويكون على نفي العلم لذلك ، وإن أقر أنه أعتق عبده انبنى ذلك على

الثمرة أونحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال اسحاق ،وقال مالك والاوزاعي والشافعي والعنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لانها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالأب فيما وهب لولده

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به» بشرط أن يجده بعينه وهذا لم يجده بعينه،ولانه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو نقص ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان (إحداهما) لا يرجع نقلها عنه أبو طالب قال لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء لانه لم يجد المبيع بعينه فأشبه مالو كان عينا واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع فيه كما لو قطعت يد العبد ، ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد ان كان ثوبا واحداً فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء ، وان كان رزما فتلف بعضها فانه يأخذ بقيتها اذا كان بعينه لان السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم الحديث المذكور ، ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع ، فان باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه لان البائع ما أدرك ماله بعينه

(فصل) فان تغيرت صفتها بما يزيل اسمها فطحن الحنطة أو زرعها أو خبز الدقيق أوعمل الزيت صابونا أو قطع الثوب قميصاً، أو نسج الغزل ثوبا أو نجر الخشبة أبوابا ، أو عمل الشريط إبراً أو شيئاً فصل به ما أزال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان (أحدهما) به أقول يأخذ عين ماله

صحة عتق المفلس فان قلنا يصح عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولان الاقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعتقه في الحال ، وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم فان حلفوا أخذوا ، وان نكلوا قضي للمدعي بما ادعاه إلا أن نقول برد اليمين فترد على المدعي فيحلف ويستحق وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكل ما ذكرناه

(فصل) وان اقر المفلس انه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر الغرماء فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه وان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولا ننا نزلنا إقراره منزلة اعتاقه في الحال فلا تثبت له الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوما به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

(فصل) فان كان المبيع ارضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فاراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد متاعه بعينه قال أصحابنا ويستحق الرجوع قبل القلع وهو

ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة ، وانما تغير اسمها فأشبه مالو كان المبيع حملا فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلا . ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع وإن سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان حبا فصار زرعا أو بالعكس أو نوى فنبت شجراً أو بيضاً فصار فرخا سقط الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليهما لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته ، ولان الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع ، وكذلك أعيان الزرع والفرخ ، ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم في الرجوع لأنهم لم يجدوا أعيان اموالهم ، وعلى قول من قال له الرجوع في الزرع تكون عليه غرامة الاجرة وثمن الماء أو قيمة ذلك

(مسئلة) (ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن)

وهذا هو الشرط الرابع وهو أن لا يتعلق بها حق الغير فان رهنها المفلس أو وهبها لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها لان الرجوع إضرار بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافا ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتهن والباقي يرد على مال المفلس يشترك فيه الغرماء ، وان بيع بعضه فباقيه لهم يباع أيضاً ولا يرجع به البائع ، وقال القاضي له الرجوع وهو مذهب الشافعي لانه عين ماله وهذا مثل تلف بعض المبيع وقد ذكرناه وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب

مذهب الشافعي ، ويحتمل ان لا يستحقه حتى يوجد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولا بملك المشتري فاشبه مالو كانت مسامير في باب المشتري،فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض من الحفر وأرش نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيله دار انسان وكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه مانقص بخلاف ماإذا وجدالبائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فانه لا يرجع في النقص لان النقص كان في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولاارش النقص لانهم فعلوا ذلك في ارض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فأما ان امتنع المفلس والغرماء من القلع فلهم ذلك ولا يجبرون عليه لانه غرس بحق، ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » انه اذا لم يكن ظالما فله حق ، فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل أو قال أنا أقلع وأضمن مانقص فان قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك لان البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الارض وفيها غراس وبناء للمشتري والمعير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير . وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لان بناء المفلس وغرسه في ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما

بعضه بالبيع ، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، فان كان المبيع عينين فرهن إحداهما فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما اذا تلفت إحدى العينين ، فان فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبرأه من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك عين ماله عند المشتري ، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين عن غيره فللبائع الرجوع أيضاً لذلك

(فصل) فان كان المبيع شقصاً مشفوعا ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) البائع أحق به هذا قول ابن حامد للخبر ولانه اذا رجع فيه عاد الشقص اليه فيزول الضرر عن الشفيع لانه عاد كما كان قبل البيع (والثاني) أن الشفيع أحق وهو الذي ذكره شيخنا ههنا وحكاه ابو الخطاب لان حقه أسبق فكان أولى لان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع، ولان حقه آكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وممن نقله اليه ، وحق البائع انما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالو باعه المشتري من بائعه أو وهبه إياه أو أقاله فانه لايسقط حق الشفيع (الوجه الثالث) أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لتأكد حقه بالمطالبة وإن لم يكن طالب فالبائع أولى . ولاصحاب الشافعي وجهان كالاولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جمعاً بين الحقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيداً لان حق البائع انما يثبت في العين ، فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) فان كان المبيع عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدها) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن

لو لم يرجع في الارض ، فاما ان امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع ، وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل ان له الرجوع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه التبع فلم يمنعه ذلك الرجوع كالثوب إذا صبغه المشتري ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له اخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولان في ذلك ضررا على المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر ولانه لا يحصل بالرجوع هنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ، واما الثوب إذا صبغه فلا نسلم ان له الرجوع فهو كمسئلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فانه أعيان متميزة وأصل في نفسه (والثاني) ان الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الارض فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام وان قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما واخذ كل واحد بقدر حقه وان امتنع احدهما من البيع احتمل ان يجبر عليه كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري فان الثوب يباع لهما كذا ههنا ، ويحتمل ان لا يجبر لانه أمكن طالب البيع ان يبيع ملكه مفرداً بخلاف الثوب المصبوغ . فان بيعا لهما قسما الثمن على قدر القيمتين فتقوم الارض غير ذات شجر ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الارض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء ، وان قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب احدهما البيع

يمنع وهذا ذكره أبو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه بخلاف الرهن ، فان قلنا لا يرجع فحكمه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية ، وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، وان أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) فان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع أو عتق أو وقف أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاع المبيع بخيار له أو عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا ، فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) له الرجوع للخبر ، ولانه أدرك عين ماله خالياً عن حق غيره أشبه مالو لم يبعه (الثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا الوجهين ، ولاصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) انه إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصل اليه من جهته ، وإن عاد اليه بفسخ كالاقالة والرد بعيب أو خيار ونحوه فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وانما زال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه

﴿ مسئلة ﴾ (ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة)

وهذا هو الشرط الخامس وهو أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الكتابة أو القرآن ونحو ذلك فيمنع الرجوع وهذا اختيار الخرقي ، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي لان مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلم تمنع المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فانه ليس

فاتفقا على كيفية كونهما بينهما جازما اتفقا عليه وان اختلفا كانت الارض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الارض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج ولغير حاجة، وللبائع دخولها للزرع والماشاء لان الارض له وملكه ، وان باعوا الشجر والبناء لانسان فحكمه في ذلك حكمهم ولو بذل المفلس والغرماء أو المشتري منهم قيمة الارض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك لان الارض اصل فلا يجبر على بيعها بخلاف مافيها من الغرس والبناء

(فصل) إذا اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لانه أدرك متاعه بعينه وإذا أخذه فعليه تسوية الارض وأرش نقصها الحاصل بقلعه لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره . وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها لانه إذا اختار أخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشتري اذا غرس في الارض المشفوعة، وان امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك، وكذلك إذا ارادوا قلعه من غير ضمان النقص لان المفلس إنما ابتاعه مقلوعا فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه ، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فأشبه غرس المفلس في الارض التي ابتاعها إذا رجع بائعها فيها ، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله وفي التي قبلها ابقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه فان اختار بعضهم

بفسخ ، ولان الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاماً وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن

ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ، ولانها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصل بفعله ، ولان النماء لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالعيب لوجهين (أحدها) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (الثاني) أن الفسخ لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم ان الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة لا يصح فان اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولانه لو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب ، ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة ، ولانه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة ههنا يتعلق بها حق المفلس والغرماء فنع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام حقوقهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته ، وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل . يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعا له من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا الغرماء فلان تمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ، ولانه اذا رجع في الناقص فما رجع الا فيما باعه وخرج منه ، فاذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق

القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طلب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان الابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع منه الاجابة اليه ، وان زاد الغراس في الارض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ولصاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ماذكرنا لان البائع انما باعه مقلوعا فلا يستحقه إلا كذلك ، وان أراد بائعه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، وإن بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها ليملكها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وان بذل صاحب الارض قيمة الغراس ليملكه اذا امتنع من القلع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبه غرس المفلس في أرض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لانه لا يجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته أو أرش نقصه فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والأول أولى وهذا ينتقض بغرس الغاصب

(فصل) الشرط الثالث أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع وبهذا قال إسحاق والشافعي في القديم ، وقال في الجديد له أن يرجع في قدر مابقي من الثمن لانه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح .

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة للمفلس وعنه للبائع)

وجملة ذلك أن الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى وهو قول ابن حامد والقاضي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية وتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة . ولنا أنها زيادة في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب ، ولانه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار والاقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ ، ولان قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه وقياسهم على الزيادة المتصلة الاصل فيه ممنوع ، ثم لو سلم ثم فالفرق ظاهر فان المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة . قال شيخنا : ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف لظهوره ، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعهما في حال حملهما فيكونان بسببين ، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) فان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو تغير عقله أو كان ثوبا فخلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين ماله لكنه يخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه لان الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الاسعار ، ولو كان المبيع أمة

وقال مالك هو مخير ان شاءرد ماقبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع ، ولنا ماروى أبو بكر بن عبدالرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عندرجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء » رواه أبوداود وابن ماجه والدارقطني ولان في الرجوع في قسط مابقي تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لاضرر عليه في ذلك لان ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر . قلنا لا يندفع الضرر بالبيع فان قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقصاً فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولانه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار ، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحداً أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى . فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ مرسلا ولا حجة في المراسيل : قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلا فلا يضر ارسال من أرسله فان راوي المسند معه زيادة لايعارضها ترك مرسل الحديث لها وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله

(فصل) الشرط الرابع أن لايكون تعلق بها حق الغير فان رهنها المشتري ثم أفلس أو وهبها لم

ثيباً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا فانها لم تنقص في ذات ولا صفات ، وان كانت بكراً فقال القاضي له الرجوع لانه فقدصفة فانه لم يذهب منها جزء وانما هو كالجراح ، وقال أبو بكر ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزءاً فأشبه ما لو فقأ عينها ، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أوشج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن أشبه ما لو فقئت عين العبد ، ولانه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لو كان نقص صفة مجردة لم يكن مع الرجوع فيها شيء سواه كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه ، ولان الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما فلا يثبت في محل لا يثبت به هذا المقصود ، وقال القاضي قياس المذهب أن له الرجوع لانه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب ، فاذا رجع نظرنا في الجرح فان كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس أو جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش ،وان كان الجرح موجبا لارش كجناية الاجنبي فللبائع اذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن ، فان قيل فهلا جعلتم له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضمونا باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالارش، واذا لم يتلفه أجنبي لم يكن مضمونا فلا يجب بفواته شيء ، فان قيل فهلا كان هذا الارش للمشتري كسكبه لا يضمنه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها

يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها ، ولان في الرجوع إضرارا بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ولان النبي ﷺ قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافا ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتهن والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضا ولا يرجع به البائع . وقال القاضي له الرجوع به وهو مذهب الشافعي لانه عين ماله لم يتعلق به حق غيره ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه كما لو كان الدين مستغرقا له وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب بعضها بالبيع . ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، وان كان المبيع عينين فرهن إحداهما فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين . وإن فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبرأ من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك متاعه بعينه عند المشتري وان أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضا كذلك

(فصل) وان كان عبدا فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدهما) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن لا يرجع ذكره ابو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع فيه لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه فلم يمنع الرجوع كالدين في ذمته وفارق الرهن فانه يمنع تصرف المشتري فيه ، فان قلنا لا يرجع

مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك المشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر أو قمحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك يأخذ أرشه ، وقال الشافعي إن خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل والوزن ، وإن خلطه بأجود منه ففيه قولان (احدهما) يسقط حقه ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ، ولانه ليس له أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوبا فصبغه أو سويقا فلته . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ، ولان ما يأخذه عوضا عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله ، وقول النبي ﷺ « من أدرك متاعه بعينه » اي من قدر عليه وتمكن من اخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس عنه ، او كان مسامير قد سمر بها بابا او حجراً قد بنى عليه . او خشبا في سقفه او امة استولدها وهذا اذا اخذ مثله او قيمته انما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فان عينه يمكنه اخذها والسويق كذلك فاختلفا

(مسئلة) (وان صبغ الثوب او قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس)

اذا صبغ المفلس الثوب او لت السويق بزيت فقال اصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في اعيان اموالهما وهو مذهب الشافعي لان عين مالها قائمة مشاهدة ماتغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له ، وان حصل نقص فعليه ، وإن نقصت قيمة الثوب او السويق ، فان شاء البائع اخذهما ناقصين ولا شيء له ، وان شاء تركهما وله اسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالهزال . قال شيخنا : ويحتمل ان لا يكون له الرجوع اذا

فحكمه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصا بأرش الجناية وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء وان ابرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) وان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع او هبة او وقف او عتق او غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاعه بخيار له او عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده اوغير ذلك لما ذكرنا وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه ثلاثة اوجه (أحدها) له الرجوع للخبر ولانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره أشبه ما لو لم يبعه (والثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا هذين الوجهين ولاصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أوهبة أو ارث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصر اليه من جهته وان عاد اليه بفسخ كالاقالة والرد بعيب أوخيار ونحو ذلك فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لايقتضي ثبوت الملك وانما أزال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه

زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كسمن العبد . ولأن الرجوع لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وازالة المعاملة . بل يحصل له ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

(فصل) فان قصر الثوب لم يخل من حالين (احدهما) ان لاتزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع كما لو علم العبد صناعة لم تزد بها قيمته ، وسواء نقصت قيمته بذلك او لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع في قياس قول الخرقي لانه زاد زيادة لا تتميز زيادتها فلم يملك البائع الرجوع فيه كسمن العبد ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به ، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها فعلى قولهم إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وفاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه وللبائع خمسة أسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة الى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه مالو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري ، وان لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد بقدر حقه ، ، وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه ، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما يبقى ، وان كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والأجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) وان كان المبيع شقصا مشفوعا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) البائع أحق به . هـذا قول ابن حامد للخبر ولانه إذا رجع فيه عاد الشقص اليه فزال الضرر عن الشفيع لانه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة غيره (والثانى) أن الشفيع أحق ذكره أبو الخطاب لان حقه أسبق فكان أولى، بيانه ان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ولان حقه آكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وممن نقله اليه وحق البائع انما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالو باعه المشتري لبائعه أووهبه إياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع ولان البائع انما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير وهذه قد تعلق بها حق الشفيع

(الوجه الثالث) أن الشفيع ان كان طالب بالشفعة فهو احق لان حقه تأكد هنا بالمطالبة وان كان لم يطالب بها فالبائع أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كالاولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيدا لان حق البائع انما ثبت في العين فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) وان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لانه تملك للصيد فلم يجز مع الاحرام كشراء الصيد ،وان كان البائع حلالا في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع

(فصل وان اشترى صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا فبائعهما أسـوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لانه وجد عين ماله . قالوا ولو اشتري ثوبا وصبغا فصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب ، وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثوب وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم وذكر القاضي في موضع مثل هذا

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولان المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجراً فبنى عليه أو مسامير سمر بها بابا ، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فقال أصحابنا هو كما لو كان الصبغ من غير بائع الثوب، فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ ، ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا لأنه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولان المعنى في المحل الذي ثبت فيه الرجوع موجود ههنا فملك الرجوع به كما يملكه ثم،ولو اشترى دفوفاً ومسامير من بائع واحد فسمرها به رجع بائعها فيهما لذلك وكذلك ما أشبهه

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها بسببه فيكون من قبيل الزيادة المتصلة على ما مضى ، وان أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل . قال شيخنا والصحيح أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة لا يمنع الرجوع فيها على قول أبي بكر لان الزيادة المنفصلة عنده للبائع وهذه زيادة منفصلة ، وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمتنع الرجوع في الام لئلا يفضي

الرجوع فيه لان الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرم، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود في حقه

(فصل) واذا أفلس وفي يده عين مال دين بائعها مؤجل وقلنا لا يحل الدين بالفلس فقال احمد في رواية الحسن بن ثواب يكون ماله موقوفاً الى ان يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللاول الخبر ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وان كان مؤجلا كالمرتهن والمجني عليه

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيئة ونظر اليه وقلبه وقال اقبضه غدا فمات البائع وعليه دين فالطعام المشتري ويتبعه الغرماء في الثمن وان كان رخيصا وكذلك قال الثوري واسحاق لان الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه

(الشرط الخامس) أن يكون المفلس حيا ويأتي شرح ذلك في آخر الباب إن شاء الله تعالى

(فصل) ورجوع البائع في المبيع فسخ للبيع لا يحتاج الى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه وإن رجع في العبد بعد اباقه أو الجمل بعد شروده أو الفرس العائر صح

الى التفريق بين الأم وولدها، ويحتمل أن يرجع في الام ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعاً له وإن لم يفعل بيعت الام وولدها جميعاً وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الام فهو للبائع وما خص الولد للمفلس وإن قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكمه حكم المبيع الزائد زيادة متصلة، وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما ، وان زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما اذا كان المبيع عينين فتلف بعض إحداهما هل يمنع ذلك الرجوع في الاخرى؟ كذلك يخرج ههنا وجهان (أحدهما) أن له الرجوع فيما لم يزد دون مازاد فيكون حكمه حكم الرجوع في الام دون الولد على مافصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منهما لانه لم يجد المبيع إلا زائداً فأشبه العين الواحدة ، فان كان المبيع حيوانا غير الأمة فحكمه حكمها إلا في التفريق بينهما فانه جائز بخلاف الأمة

(فصل) فان اشترى حائلا فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني ، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح وتمنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الام على ماذكرنا في التي قبلها ، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما ، وقال القاضي اذا وجدها حاملا انبنى على أن الحمل هل له حكم أو لا ؟ فان قلنا لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة ، وان قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل تتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) فان كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة احوال (أحدها) أن

وصارذلك له فان قدر عليه أخذهوان ذهب كان من ماله ، وان تبين انه كان تالفاً حين استرجاعه لم يصح استرجاعه وكان له ان يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله وان رجع في المبيع واشتبه بغيره فقال البائع هذا هو المبيع وقال المفلس بل هذا فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والاصل معه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا)

وجملة ذلك أن المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء . وان امتنع لم يجبر لانا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا يجبر على الحلف على مالا يعلم صدقه كغيره ، فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعي في الجديد وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم

ولنا انهم يثبتون ملكا لغيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لاثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال انتقل اليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لانفسهم

يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر فيشترطه المشتري فيأ كله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم مالو اشترى عينين فتلفت إحداهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر؟ على روايتين وان تلف بعضها فهو كتلف جميعها ، وان زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيه ثمرة لم تظهر فهذه تدخل في مطلق البيع فان أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع وهو اختيار الخرقي كالسمن ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح افراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ العيب وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والأخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر والصحيح الاول لان الثمرة لا تتبع في البيع الذي يثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضا المشتري أولى، ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من مال المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع فيه كما لو أفلس بعد التأبير لان العين لا تنتقل الا باختياره وهذا لم يخترها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك في الدين الذى على الميت اذا وثق الورثة)

وجملته ان الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة. قاله القاضي، وذكر أبوالخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعي كالمذهبين واحتجوا بان الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت.

ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولانه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ماعليه كالجنون والاغماء. ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمسئلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما ان ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس، اذا ثبت هذا فانه إذا حجر على المفلس فقال أصحابنا لايشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة بل يقسم المال الموجود بين اصحاب الديون الحالة ويبقى المؤجل فى الذمة إلى وقت حلوله، فان لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته، وان ادرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم، وان قلنا إن الدين يحل فانه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من ارباب الديون الحالة، فاما ان مات وعليه ديون مؤجلة فهل تحل بالموت فيه روايتان (إحداهما) لا تحل اذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبيدالله بن الحسن واسحاق

إلا بعد تأبيرها. فان ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه، وان قال البائع بعت بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تقبل شهادتهم لانهم يجرون الى أنفسهم نفعاً، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة في حقهم (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمن أو ذهابها بجائحة أو غيرها فله الرجوع في الاصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر، وكل موضع لايتبع الثمر الشجر اذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاز، وكذلك اذا رجع في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد لان المشتري زرع في أرضه بحق فطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كماله كما لو باع الاصل وعليه الثمرة أو الارض وفيها زرع وليس على صاحب الزرع أجر لانه زرع في أرضه زرعا يجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك، إذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك، وان اختلفوا فطلب بعضهم القطع وبعضهم التبقية وكان مما لا قيمة له مقطوعاً أو قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وإضاعة مال، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعته وإن كانت قيمته كثيرة قدم قول من طلب القطع في أحد الوجهين لان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع ان كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي وأكثر الشافعية (الثانى) ينظر ما فيه الحظ فيعمل به لان ذلك أنفع للجميع والظاهر سلامته، ولهذا يجوز أن يزرع للمولي عليه، وفيه وجه آخر ان كان الطالب القطع الغرماء وجب اجابتهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايفائها، وان كان الطالب المفلس دونهم وكان التأخير أحظ لم يقطع لأنهم رضوا

وابي عبيد ، وقال طاوس وابو بكر بن محمد والزهري وسعيد بن ابراهيم الدين الى اجله،وحكي ذلك عن الحسن (والرواية الاخرى) انه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثورى والشافعي واصحاب الرأى لانه لا يخلو إما ان يبقى فى ذمة الميت او الورثة او يتعلق بالمال ،لايجوز بقاؤه فى ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها . ولا ذمة الورثة لانهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . اما الميت فلان النبي ﷺ قال « الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه »واما صاحبه فيتأخر حقه وقد تتلف العين فيسقط حقه ، واما الورثة فانهم لاينتفعون بالاعيان ولا يتصرفون فيها وان حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا فى المفلس ولان الموت ماجعل مبطلا للحقوق وانما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة وقد قال النبي ﷺ « من ترك حقا او مالا فلورثته » وما ذكروه اثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف فى فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لايكونوا أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق وذكر القاضي ان الحق ينتقل الى ذمم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ولا ينبغي

بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع الغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته إلى ذلك

(فصل) فان أقر الغرماء بالطلع أو الزرع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به وليسوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنه لا حق لهم فيه، فان أراد دفعه الى أحدهم أو تخصيصه بثمنه فله ذلك لاقرار باقيهم أنه لا حق لهم فيه ، فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر عليه أو على الابراء من قدره من دينه وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب نجوم كتابته الى سيده فقال سيده هي حرام وأنكر المكاتب، وإن أراد قسمه على الغرماء لزمهم قبوله أو الابراء لما ذكرنا ، فان قبضوا الثمرة بعينها لزمهم ردها الى البائع لانهم مقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعتق عبد ثم اشتروه ، فان باع الثمرة وقسم ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمه رد ماأخذ من ثمنها لانهم اعترفوا بالعين لا بثمنها وإن شهد بعضهم دون بعض ، أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانهم انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له من جنس الثمر أو الزرع كالمقرض والمسلم فيلزمه أخذ ماعرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان باعتاقه ويكون حكمهم في قبض العبد وأخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم مالو أقروا بالثمرة للبائع ، وكذلك إن أقروا بعين مما في يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس، فان

أن يلزم الانسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وفاء ، وان قلنا ان الدين يحل بالموت فاحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك ، وان قضوا منها فلهم ذلك ، وان امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة مايقضى به الدين ، وان مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت تساووا في التركة فاقتسموها على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل بالموت نظرنا فان وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضي الى اسقاط دينه بالكلية

(فصل) حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين (إحداهما) لا يمنعه للخبر ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فان تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة (والرواية الثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما فعلى هذا لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن الغرماء لهم وان تصرف الغرماء لم يصح إلا باذن الورثة

قلنا لايصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وإن قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فلسه فان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه لانه فصل مجتهد فيه فلزم ماحكم به الحاكم ولا يجوز نقضه ولا تغييره

(فصل) فان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالنخيل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير لان هذه اليمين لاينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف مالو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد لان اليمين على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لان الايمان لاتدخلها النيابة وفي مسئلتنا الاصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله ، والبائع يدعي مايزيل حقوقهم عنه فأشبه سائر اعيان ماله ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على فعل غيرهم فكانت على نفي العلم كيمين الوارث على نفي الدين على الميت ، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لاجنبي أو لبعض الغرماء فأنكر الباقون فالقول قولهم وعليهم اليمين أنهم لايعلمون ذلك ومثله لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه حلفوا أيضا على نفي العلم لذلك وان أقر بعتق عبده انبنى على صحة عتق المفلس فان قلنا بصحة عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به وان قلنا لايصح عتقه لم يقبل إقراره وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهي على جميعهم فان حلفوا والا قضي للمدعي الا أن نقول برد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق ، وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكل على ماذكرنا

(فصل) وان أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ سنة وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر

« مسئلة » قال (وكل مافعله المفلس في ماله قبل أن يقفه الحاكم فجائز)

يعني قبل أن يحجر عليه الحاكم فنبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببينة ، فاذا ثبتت نظر في ماله فان كان وافيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فان أبى حبسه فان لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وان كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة لم يحجر عليه لانه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها، وان كان بعضها مؤجلا وبعضها حالا وماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله ففيه وجهان (أحدهما) يحجر عليه لان الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً . ولنا ان ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ولان الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة الى الحجر، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لانه لا ولاية له في ذلك وانما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به. وان اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أجيب من طلب لانه حق له وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم الحجر عليه فاذا ادى اجتهاده الى الحجر عليه ثبت لانه فصل مجتهد فيه ، وليس له التصرف في ماله لانه لا ولاية عليه الا ان الحاكم يجبره على البيع اذا لم يمكن الايفاء بدونه فان امتنع لم يبعه وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وانما يحبسه ليبيع بنفسه الا أن يكون عليه احد النقدين

الغرماء فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه ، فان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه كان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره لصحته منه لكونه ينبني على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولاننا نزلنا اقراره منزلة اعتاقه في الحال فلم تثبت به الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوما به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

(مسئلة) (وإن غرس الارض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه الا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص)

إذا كان المبيع أرضا فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد عين ماله ، فان أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك وهو مذهب الشافعي لانه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه البيع فلم يمنعه الرجوع كما لو صبغ الثوب ويحتمل أن لا يستحقه الا بعد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولا بملك المشتري فأشبه ما لو كان مسامير في باب المشتري ، فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض وأرش نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيل دار انسان فكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه مانقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فانه لا يرجع في النقص فان النقص كان

وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم لانه رشيد لاولاية عليه فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير أذنه كالذي لادين عليه وخالفه صاحباه في ذلك ، ولنا ماروى كعب بن مالك ان النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الخلال باسناده. وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه خطب الناس وقال : ألا ان أسيفع جهينه قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غدا فانا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأثمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير . اذا ثبت هذا عدنا الى مسئلة الكتاب فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم ولانه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولانه من اهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبه المليء وان اكرى جملا بعينه أو داراً لم تنفسخ اجارته بالفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته .

(فصل) ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ والا بطل ، ولنا انه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه . ولان حقوق الغرماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة . فاما ان تصرف في ذمته فاشترى أو اقترض او تكفل صح تصرفه لانه أهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر انما يتعلق بماله لابذمته ولكن لايشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك

في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ، ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرش النقص لانهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فان امتنع المفلس والغرماء من القلع لم يجبروا عليه لانه غرس بحق ، ومفهوم قوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» أنه ان لم يكن ظالما فله حق فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليملكه أو قال أنا أقلع وأضمن النقص فله ذلك ان قلنا له الرجوع قبل القلع لان البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع اذا أخذ الارض وفيها غراس أو بناء للمشتري والمعير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لانه بناء المفلس وغرسه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الارض

(مسئلة) (فان أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع)

وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل أن له الرجوع وهو قول للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه متصلا بملك المشترى على وجه التبع فلم يمنع الرجوع كالثوب اذا صبغه المشتري

إذ علموا انه مفلس وعاملوه ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وان اقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه نص عليه أحمد وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول،وقال في الآخر يشاركهم واختاره ابن المنذر لانه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة . ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن ولانه اقرار يبطل ثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على الغرماء فلم يقبل كاقرار الراهن ، ولانه متهم في اقراره فهو كالاقرار على غيره ، وفارق البينة فانه لا تهمة في حقها ، ولو كان المفلس صانعا كالقصار والحائك في يديه متاع فأقر به لاربابه لم يقبل اقراره ، والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها لانها صرفت في دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم اقراره يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء

(فصل) وان أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح؟ على روايتين (احداهما) يصح وينفذ وهو قول أبي يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسري الى ملك الغير ويسري واقفه بخلاف غيره (والرواية الاخرى) لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن ابي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رءوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله ولان المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالسفيه وفارق المطلق واما سرايته الى ملك الغير فمن شرطه ان يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه الا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في البـاب ولان في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر ولانه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ،وأما الثوب اذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع ، وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (احدهما) أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة بخلاف البناء والغراس فانهما اعيـان متميزة وأصل في نفسه (الثاني) أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الارض والبناء فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام، وان قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما كذا ههنا ، ويحتمل أن لا يجبر لانه يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفرداً بخلاف الثوب المصبوغ فان بيعا لهما قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الارض لا شجر فيها ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الارض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن والزائد للمفلس والغرماء ، وان قلنا لا يجبر على البيع أو لم يطلب احدهما البيع فان اتفقا على كيفيـة كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه ، وان اختلفا كانت الارض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الارض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولهـا للتفرج أو لغير حاجة ، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لان الارض ملكه، فان باعوا الشجر والبناء لانسان فحكمه في ذلك حكمهم ، فان بذل المفلس والغرماء أو المشتري

(فصل) ويستحب اظهار الحجر عليه لتجتنب معاملته كيلا يستضر الناس بضياع اموالهم عليه والاشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان

(فصل) وان ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه فاشبه مالو قامت البينة به قبل الحجر ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالاشارك المجني عليه الغرماء لان حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ولوكانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها الى مال أوصالحه المفلس على مال شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه مالو أوجبت المال، فان قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا

(فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء بقسطه وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن مالك وحكي عنه لا يحاصهم لانه نقض لحكم الحاكم ، ولنا انه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله . وليس قسم الحاكم ماله حكماً انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر شريك آخر او قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو وصية ثم ظهر موصى له آخر .

(فصل) ولو افلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الاجرة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة وسقط من الاجرة بقدر ذلك ، ثم ان وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وان كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته لانه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم اذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيباً فردها به أوردها بخيار او اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لان البيع

للبائع قيمة الارض ليدعها لهم لم يلزمه ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف الغراس والبناء

(فصل) فان اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لانه ادرك متاعه بعينه ، فاذا اخذه فعليه تسوية الارض وارش نقصها الحاصل بقلعه لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره ، وان بذل المفلس والغرماء قيمته له ليملكوه لم يجبر على قبولها لانه اذا اختار اخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشتري اذا غرس في الارض المشفوعة وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك ، وكذلك لو أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لان المفلس انما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فأشبه غرس المفلس في الارض التي ابتاعها اذا رجع بائعها فيها، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله، وفي التي قبلها ابقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه، فان اختار بعضهم القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طلب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان الابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع من الاجابة اليه ، وإن زاد الغراس في الارض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع إلا على رواية الميموني

لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك انه اذا حجر على المفلس وكان ذا كسب يفي بنفقته و نفقة من تلزمه نفقته فنفقته في كسبه فانه لاحاجة الى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة ، وان كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله وان لم يكن ذا كسب انفق عليه من ماله مدة الحجر وان طالت لان ملكه باق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ومعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه وهي الزوجة فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ولان الحي آكد حرمة من الميت لانه مضمون بالاتلاف وتقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه متفق عليه فنفقته أولى، وتقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم لانهم يجرون مجرى نفسه لان ذوي رحمه منهم يعتقون اذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك زوجته تقدم نفقتها لان نفقتها آكد من نفقة الاقارب لانها تجب من طريق المعاوضة وفيها معنى الاحياء كما في الاقارب ، وممن أوجب الانفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ، ولصاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان النقص بالقلع كما ذكرنا لان البائع انما باعه مقلوعا فلا يستحقه إلا كذلك، وإن أراد بائعه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الارض وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، فان بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها ليملكها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً، وإن بذل صاحب الارض قيمة الغراس لصاحبها ليملكه اذا امتنع من القلع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبه غرس المفلس في ارض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لانه لا يجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته او أرش نقصه فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والاول أولى وهذا منتقض بغرس الغاصب

(فصل) فان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لانه تملك للصيد فلم يجز في الاحرام كشرائه ، وان كان البائع حلالا في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع الرجوع فيه لان الحرم انما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرمه ، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود فيه

(فصل) اذا أفلس وفي يده عين دين بائعها مؤجل وقلنا لا يحل الدين بالفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثواب يكون موقوفا الى أن يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك وهو قول بعض اصحاب الشافعي ، والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله والقول الاول أولى للخبر، ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره ، وان كان مؤجلا كالمرتهن والمجني عليه

ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم وتجب كسوتهم أيضاً لان ذلك مما لابد منه ولا تقوم النفس بدونه والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وادنى مايكتسي مثله ان كان من جنس الطعام أو متوسطه وكذلك كسوته من جنس ما يكتسيه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل مايفترض على مثله ، وأقل مايكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه إما عمامة أو قلنسوة أو غيرهما مما جرت به عادته ولرجله حذاء ان كان يعتاده وان احتاج الى جبة أو فروة لدفع البرد دفع اليه ذلك وان كانت له ثياب لايلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثلها ورد الفضل على الغرماء فان كانت اذا بيعت واشتري له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فانه لافائـدة في بيعها

(فصل) وان مات المفلس كفن من ماله لان نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره وكذلك يجب كفن من يمونه لانهم بمنزلته ولا يلزم تكفين الزوجة لان النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة . ويفارق الاقارب لان قرابتهم باقية ، وان مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لان نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ولذلك تجب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم . ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ثلاثة ، ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد يستره لان ذلك يكفيه فلا حاجة الى الزيادة وفارق حالة الحياة لانه لابد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت ، ويمتد الانفاق على المفلس الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه إلا بذلك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا.

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاما نسيئة ونظر اليه وقلبه وقال أقبضه غداً فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء بالثمن وإن كان رخيصاً ، وكذلك قال الثوري واسحاق لان الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه

(فصل) ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج الى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ، فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه ، وان رجع في العبد بعد إباقه أو الجمل بعد شروده صح وصار ذلك له فان قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حال استرجاعه بطل الاسترجاع وله أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله ، وان رجع في المبيع واشتبه بغيره واختلفوا في عينه فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ماادعاه البائع والاصل معه

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الحكم الثالث بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه)

اذا حجر على المفلس باع الحاكم ماله لما ذكرنا من حديث معاذ ، ولانه مقصود الحجر ويستحب احضار المفلس لمعان أربعة (احدها) احصاء ثمنه وضبطه (الثاني) أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) أن الرغبة تكثر فيه فان شراءه من صاحبه أحب الى المشترين (الرابع) انه اطيب لقلبه ، ويستحب احضار الغرماء لامور اربعة (احدها) ان يباع لهم (الثاني) أنهم ربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه فيكون اصلح لهم وللمفلس (الثالث)

« مسئلة » قال (ولا تباع داره التي لاغنى له عن سكناها)

وجملته ان المفلس إذا حجر عليه باع الحاكم ماله ويستحب ان يحضر المفلس البيع لمعان اربعة (احدها) ليحصي ثمنه ويضبطه (الثاني) انه اعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) ان تكثر الرغبة فيه فان شراءه من صاحبه احب إلى المشتري (الرابع) ان ذلك اطيب لنفسه واسكن لقلبه ، ويستحب إحضار الغرماء أيضاً لامور اربعة (احدها) انه يباع لهم (الثاني) انهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس (الثالث) أنه أطيب لقلوبهم وابعد من التهمة (الرابع) انه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها فان لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك موكول اليه ومفوض الى اجتهاده وربما اداه اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصلحة في المبادرة الى البيع قبل احضارهم ، ويأمرهم الحاكم ان يقيموا مناديا ينادي لهم على المتاع فان تراضوا برجل ثقة امضاه الحاكم وان اتفقوا على غير ثقة رده ، فان قيل فلم يرده واصحاب الحق قد اتفقوا عليه فأشبه مالو اتفق الراهن والمرتهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض؟ قلنا لان للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً فانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فانه لانظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلا واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منهما . فان كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لانه أوفر . فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر وان كانا بجعل قدم اعرفهما واوثقهما فان تساويا قدم من يرى منهما ، فان وجد متطوعا بالنداء والا

انه اطيب لقلوبهم وابعد عن التهمة (الرابع) لعل فيهم من يجد عين ماله فيأخذها ، فان باعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك مفوض اليه وموكول الى اجتهاده فربما أداه اجتهاده الى خلاف ذلك والمبادرة الى البيع قبل احضارهم ويأمرهم ان يقيموا مناديا ينادي على المتاع ، فان تراضوا بثقة امضاه الحاكم وإن لم يكن ثقة رده ، فان قيل لم يرده وقد اتفق عليه اصحاب الحق فأشبه مالو اتفق المرتهن والراهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا الحاكم ههنا له نظر واجتهاد لانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فانه لا نظر للحاكم فيه، فان اختار المفلس رجلا واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منهما فان كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لانه اوفر ، فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر ، وإن كانا بجعل قدم أوثقهما وأعرفهما ، فان تساويا قدم من يرى منهما فان وجد متطوعا بالنداء وإلا دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح ، وكذلك الحكم في أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه لانه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته ، فان باع في غير سوقه بثمن المثل جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد الى أنه أصلح ، ولهذا لو قال بع ثوبي بثمن كذا في سوق عينه فباعه بذلك في غيره جاز ويبيع بنقد البلد لانه أصلح ، فان كان في البلد نقود باع بغالبها فان تساوت باع بجنس الدين ، فان زاد في السلعة أحد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثمن فلم يبعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد ، وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه

دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه . وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح وكذلك الحكم في اجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم، ويستحب بيع كل شيء في سوقه البز في البزازين والكتب في سوقها ونحو ذلك لانه احوط واكثر لطلابه ومعرفة قيمته فان باع في غير سوقه بثمن مثله جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما ادى الاجتهاد إلى ان ذلك اصلح ولذلك لو قال بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز ، ويبيع بنقد البلد لانه اوفر فان كان في البلد نقود باع بغالبها فان تساوت باع بجنس الدين ، وان زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد . وان زاد بعد لزوم العقد استحب للامين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع إلى المجني عليه أقل الامرين من ثمنه أو أرش جنايته وما فضل منه رده الى الغرماء ، ثم يبيع الرهن فيدفع الى المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده الى الغرماء وان بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ، ثم يبيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب لان بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقائه ثم يبيع السلع والاثاث لانه يخاف عليه وتناله الايدي ثم العقار آخراً لانه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه اليه لانه لا حاجة الى تأخيره وان كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر وان لم يمكن قسمته أودع عند ثقة الى ان يجتمع ويمكن قسمته فيقسم وان احتاج في حفظه الى غرامة دفع ذلك الى من يحفظه ، اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة

﴿ مسئلة ﴾ (ويترك له من ماله ماتدعو اليه حاجته من مسكن وخادم)

لا تباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكناها ، وبه قال أبو حنيفة وإسحاق والخادم في معنى الدار اذا كان محتاجا اليه ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها . اختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه «خذوا ماوجدتم» وهذا مما وجدوه ، ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله . ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين يحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خذوا ما وجدتم » مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو يحتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج الى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا ، فان كان له داران يستغني باحداهما بيعت الاخرى لان به غنى عن سكناها ، وإن كان مسكنه واسعاً يفضل عن سكنى مثله بيع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء ، وكذلك الثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها

(فصل) فان كان المسكن والخادم الذي لا يستغني عنها عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط المذكورة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنع منه تعلق حاجة المشتري

الكتاب فنقول لا تباع داره التي لاغنى له عن سكناها ، وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها واختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه « خذوا ما وجدتم » وهذا مما وجدوه ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله

ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي ﷺ قال « خذوا ماوجدتم » مما تصدق به عليه فان المذكور قبل ذلك كذلك روي أن النبي ﷺ قال « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ماوجدتم » أي مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولان الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك ايضا وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان كان له داران يستغني بسكنى احداهما بيعت الاخرى لان به غنى عن سكناها وان كان مسكنه واسعاً لايسكن مثله في مثله بيع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له اذا كانت رفيعة لايلبس مثله مثلها ، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله اعيان اموال افلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم اخذها بالشرائط التي ذكرناها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به »

كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولان منعهم من أخذ أموالهم يفتح باب الحيل بأن يشتري من لامال له في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها، أو خادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها ، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولايترك له منه شيء لانه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً

(مسئلة) (وينفق عليه بالمعروف الى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك انه إذا حجر على المفلس ، فان كان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه مؤنته فهي في كسبه فانه لا حاجة إلى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجز كالزيادة على النفقة، وإن كان كسبه دون نفقته كملت من ماله ، وان لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وان طال لان ملكه باق ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم ان فيمن يعوله من تجب عليه نفقته ويكون دينا عليه وهي زوجته، فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء، ولان تجهيز الميت يقدم على دينه بالاتفاق والحي آكد حرمة من الميت لانه مضمون بالاتلاف ، ويقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالد والولد وغيرهم ممن تجب نفقته لانهم يجرون مجرى نفسه في كون ذوي رحمه منهم يعتقون اذا ملكهم كما يعتق اذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته ، وكذلك نفقة زوجته لان نفقتها آكد من نفقة الاقارب ، وممن اوجب الانفاق على المفلس وزوجته واولاده ابو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، وتجب كسوتهم لان ذلك مما لا بد منه ، والواجب من النفقة والكسوة ادنى ماينفق على مثله بالمعروف وادنى ما يكتسي مثله ، وكذلك كسوته من جنس مايكتسيه

ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار ولان منهم من اخذ اعيان اموالهم يفتح باب الحيل بأن يجيء من لا مال له فيشتري في ذمته ثيابا يلبسها وداراً يسكنها وخادما يخدمه وفرساً يركبها وطعاما له ولعائلته ويمتنع على اربابها اخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شيء منه لانه أعيان اموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصبا .

(فصل) ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب مايمونه ويمون من تلزمه مؤنته او كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لانسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شيء وان لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال الامام احمد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود ويترك له قوت يتقوت به وان كان له عيال ترك له قوام . قال في رواية الميموني يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويباع الباقي ، وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بابدانهم ، وينبغي ان يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره .

(فصل) واذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي .وقال مالك : العروض من ماله والدراهم

مثله ، وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفرض على مثله ، واقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على راسه قلنسوة او عمامة او غيرها مما جرت عادته ولرجله حذاء ان كان يعتاده ، وجبة او فروة فى الشتاء لدفع البرد ، فان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشتري له كسوة مثله ورد الفضل على الغرماء ، فان كانت اذا بيعت واشتري له كسوة مثله لا يفضل منها شيء تركت لعدم الفائدة فى بيعها

(فصل) وان مات المفلس كفن من ماله لان نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره ، وكذلك يجب كفن من يمونه لانهم بمنزلته ولا يلزم كفن زوجته لان نفقتها تجب فى مقابلة الاستمتاع وقد فات بموتها فسقطت بخلاف الاقارب فان قرابتهم باقية، ويلزمه تكفين من مات من عبيده وتجهيزه لان نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به بدليل وجوب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ، ويكفن في ثلاث أثواب كما كان يلبس في حياته ، ويحتمل أن يكفن في ثوب يستره لانه يكفيه فلا حاجة الى الزيادة ، وفارق حال الحياة لانه لا بد من تغطية رأسه وكشفه يؤذيه بخلاف الميت، ويمتد الانفاق المذكور الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه إلا بذلك ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) فان كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك من المباحات ما يكفيه أو يؤجر نفسه أو يتوكل بجعل يكفيه لم يترك له شيء من ماله للنفقة ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال أحمد رحمه الله في رواية

والدنانير من مال الغرماء . وقال المغيرة الدنانير من مال اصحاب الدنانير والدراهم من مال أصحاب الدراهم ، ولنا انه من مال المفلس ونماؤه له فكان تلفه في ماله كالعروض

(فصل) واذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه فان كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض بغير الاثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز وان امتنع وطلب جنس حقه ابتيع له بحصته من جنس دينه ولو أراد الغريم الاخذ من المال المجموع وقال المفلس لاأوفيك الا من جنس دينك قدم قوله لان هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز الا بتراضيهما عليه ،وان كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ الا من جنس حقه وان تراضيا على دفع عوضه لان مافي الذمة من السلم لايجوز أخذ البدل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره »

(فصل) واذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة فهل يجبره الحاكم على إجار نفسه ليقضي دينه ؟ على روايتين (إحداهما) لا يجبره وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم ولأن هذا تكسب للمال فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر (والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن

أبي داود : يترك له قوت يتقوته ، وان كان له عيال ترك له قوام ، وقال في رواية الميموني يترك له قدر مايقوم به معاشه ويباع الباقي وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيآت الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي أن يجعل مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه لان من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره كما ذكرنا في الدار والخادم

(فصل) وإذا تلف شيء من ماله تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي . وقال مالك العروض من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء ، وقال المغيرة الدنانير من مال أصحاب الدنانير والدراهم من مال أصحاب الدراهم ولنا أنه من مال المفلس ونماؤه فكان تلفه ماله كالعروض من

(مسئلة) (ويبدأ ببيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب)

لان بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقائه ثم يبيع الاثاث لانه يخاف عليه وتناله اليد ، ثم يبيع العقار آخراً لانه لايخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه

(مسئلة) (ويعطي المنادي أجرته من المال)

لان البيع حق على المفلس لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل هو من بيت المال لانه من المصالح

(مسئلة) (ويبدأ بالمجني عليه فيدفع اليه الاقل من الارش أو ثمن الجاني)

وقد ذكرنا ذلك في الرهن هذا إذا كان عبده الجاني ، فعلى هذا يبدأ ببيعه ومافضل من ثمنه صرف الى الغرماء ، وان كان المفلس هو الجاني فالمجني عليه أسوة الغرماء لان حقه يتعلق بالذمة بخلاف جناية العبد وقد ذكرناه

عبد العزيز وسوار والعنبري واسحاق لان النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقا في دينه وكان سرق رجلا دخل المدينة وذكر ان وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة ابعرة والحر لا يباع ثبت انه باع منافعه ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها في وفاء دينه كاجارة أم ولده ولانه قادر على وفاء دينه فلزمه كالك ما يقدر على الوفاء منه ، فان قيل حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لايباع والبيع وقع على رقبته بدليل ان في الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه ماتصنع به ؟ قال أعتقه قالوا لسنا بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزا في شريعتنا ، وحمل لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فان حـذف المضاف واقامة المضاف اليـه مقامه سائغ كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل) (ولـكن البر من آمن بالله) (واسأل القرية) وغير ذلك وكذلك قوله اعتقه اي من حقي عليه وكذلك قال فاعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملـكون الا الدين الذي عليه . وأما قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيتوجه منع كونه داخلا تحت عمومها فان هذا في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته ، وأما قبول الهبة والصـدقة ففيه منة ومعرة تأباها قلوب ذوي

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يعن له رهن فيخص بثمنه)

يباع الرهن ويختص المرتهن بثمنه اذا كان ثمنه بقدر دينه أو أقل منه سواء كان المفلس حياً أو ميتاً لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فـكان حقه أقوى . لانعلم في هذا خلافاً وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، فان كان ثمن الرهن فضل عن دين المرتهن أعطي قدر دينه ورد الباقي على الغرماء ، وان فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع الغرماء

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالا أنه يقدم على الغرماء لأنه لم يرض بمجرد الذمة فـكان أولى كالمرتهن ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس من شراء مال المفلس خوفا من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فـكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لاصحاب الشافعي

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فان حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الاول منتقض بأرش جناية المفلس (والثاني) مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحـكم بها ، فان كان الثمن موجوداً تمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لأنه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ، ومتى باع وكيل المفلس أو العدل أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس ولا شيء على العدل لانه أمين

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق

المروآت بخلاف مسئلتنا . إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب الا من في كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره .

(فصل) ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم افلس فالخيار بحاله ، ولا يجبر على مافيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلس يمنعه من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا ، وإن جني على المفلس جناية توجب المال ثبت المال وتعلقت حقوق الغرماء به ، ولا يصح منه العفو عنه وان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته فان اقتص لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ، وان عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص ، وان قلنا أحد امرين ثبتت له الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً فان قلنا القصاص عينا لم يثبت شيء وان قلنا أحد الامرين تثبت الدية ولم يصح اسقاطه لان عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح اسقاطها ، وان وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب فلزمه قبوله كالثمن في البيع وليس له اسقاط شيء من ثمن مبيع

بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئا فان هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وان استأجر جملا في الذمة ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالعين وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، وان أجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة فان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه أحوط من التأخير. فاذا استوفى المستاجر سلم المشتري فان اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الاجارة فلهم ذلك لان الحق لا يخرج عنهم

(فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو لم تكن لان المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ، ولا فرق بين ماقبل قبض الثمن وبعده وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائما فهو أحق به لانه وجد عين ماله وان لم يجده فهو أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين ماله ولا يثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه لانه الذي يستحقه دون الثمن . فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر مايستحقه ، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له قدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما فى الذمة من المسلم فيه وذلك لايجوز لقول النبي عليه السلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » فان أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم

أو أجرة في اجارة ولا قبضه رديئا ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) اذا فرق مال المفلس فهل ينفك عنه الحجر بذلك أو يحتاج إلى فك الحجر عنه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يزول بقسمة ماله لانه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه (والثاني) لا يزول الا بحكم الحاكم لانه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالمحجور عليه لسفه وفارق الجنون فانه يثبت بنفسه فزال بزواله ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يكن لاحد مطالبته ولا ملازمته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فاذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه والا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ « لصاحب الحق اليد واللسان » ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلا وقول الله تعالى (فنظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » رواه مسلم والترمذي وان فك الحجر عنه لم يكن لاحد مطالبته ولا ملازمته حتى يملك مالا فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا ان له مالا لم يلتفت الى قولهم حتي يثبتوا سببه فان جاءوا بعد مدة فادعوا ان في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر و بينوا

دينار المفلس نصفين لصاحب السلم نصفه فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيأخذه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر، وإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلي مايستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضاً لان المعزول ملك للمفلس وانما للغريم قدر حقه فان زاد فللمفلس وإن نقص فعليه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم من له عين مال يأخذها بالشروط المذكورة)

وقد ذكرنا ذلك ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم لتساويهم في الاستحقاق فان كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها ، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض لغير الأثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الأثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه اشتري له بحصته من الثمن من جنس دينه، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع ، وقال المفلس لاأقضيك إلا من جنس دينك قدم قول المفلس لان هذه معاوضة فلا تجوز إلا بتراضيهما

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم)

لايحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه ذكره القاضي رواية واحدة ، وحكى أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وهو قول مالك، وعن الشافعي كالمذهبين، واحتجوا بأن الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت . ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولانه

سببه أحضره الحاكم وسأله فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء وان اقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم، ان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس، وان قال ماهو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك . وان أقر لغائب آقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر، ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني الا ان الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث أو يجنى عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه. ولنا انهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساووا في الاستحقاق كالذين تثبت حقوقهم في حجر واحد وكتساويهم في الميراث وأرش الجناية ولان مكسبه مال له فتساووا فيه كالميراث

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وجب عليه حق فذكر انه معسر به حبس الى أن يأتي ببينة تشهد بعسرته)

وجملته أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فان كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء فان ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا وان لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولقول النبي ﷺ لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » ولان الحبس إما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر

لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ماعليه كالجنون والاغماء ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس، والاصل المقيس عليه ممنوع وان سلم فالفرق بينهما أن ذمته خربت بخلاف المفلس إذا ثبت هذا فانه اذا حجر على المفلس ، فقال أصحابنا لايشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالة ويبقى المؤجل في الذمة الى وقت حلوله فان لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته فان أدرك بعض المال قبل قسمته شاركهم فيه بجميع دينه، ويضرب مع باقي الغرماء ببقية ديونهم ، وان قلنا يحل الدين فهو كاصحاب الديون الحالة سواء

(مسئلة) (من مات وعليه دين مؤجل لم يحل اذا وثق الورثة وعنه أنه يحل)

اختلفت الرواية في حلول الدين بالموت على من هو عليه فروي أنه لايحل اختاره الخرقي بشرط أن يوثق الورثة وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، والرواية الأخرى أنه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانه لايخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، لايجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها ولا ذمة الورثة لانهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة ، ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه » وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد

فلا فائدة في الحبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أولم يعرف فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف انه ذومال حبس حتى تشهد البينة باعساره . قال ابن المنذر أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيدالله ابن الحسن ، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبدالعزيز يقول يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن جعفر والليث بن سعد ، ولنا ان الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فان شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لان ذلك تكذيب للبينة وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفي بشهادتها وثبتت عسرته ، وان لم تشهد بعسرته وانما شهدت بالتلف لا غير وطلب الغريم يمينه على عسره وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لانه غير ماشهدت به البينة، وان لم تشهد بالتلف وانما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة ومعرفة متقادمة لان هذا من الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك انه قال لا تسمع البينة على الاعسار لانها شهادة على النفي فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه

ولنا ماروى قبيصة بن المخارق ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له « ياقبيصة ان المسئلة لا تحل الا لأحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك ورجل اصابته جائحة فاجتاحت

تلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فانهم لاينتفعون بالاعيان ولا يتصرفون فيها،وان حصلت لهم منفعة فلايسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولان الموت ماجعل مبطلا للحقوق وانما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة ،وقدقال النبي ﷺ «من ترك حقاً أومالا فلورثته» وماذكروه اثبات حكم بالمصلحة المرسلة لم يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ، فعلى هـذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة التزام أداء الدين ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا ان يرضى الغريم او يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق ، وذكر القاضي أن الحق ينتقل الى ذمم الورثة بموت موروثهم من غير ان يشترط التزامهم له فلاينبغي أن يلزم الانسان دين لايلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك بموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وفاء ، فان قلنا الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة فلهم ذلك ، وإن اختاروا القضاء منها فلهم ذلك وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين ، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة ،فقلنا يحل المؤجل بالموت اقتسموا التركة على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل فأوثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضي الى اسقاط دينه بالكلية

(فصل) وذكر بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة؟

ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش — أو قال — سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد اصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش — أو قال — سداداً من عيش» رواه مسلم وأبو داود وقولهم ان الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لاترد مطلقاً فانه لو شهدت البينة ان هذا وارث الميت لاوارث له سواه قبلت ولان هـذه وان كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما اذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته به بخلاف مسئلتنا وتسمع البينة في الحال، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال ويحبس شهراً، وروي ثلاثة أشهر وروي أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره. ولنا ان كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات، وما ذكروه لو كان صحيحاً لاغنى عن البينة. فان قال الغريم احلفوه لي مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية اسحاق ابن ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر. قال القاضي: سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لانها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره ويحتمل ان يستحلف، وهذا القول الثاني للشافعي لانه يحتمل ان له مالا خفي على البينة ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار فيما اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالاعسار لانها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من اقر له غريمه بتلف

روايتين (احداهما) لا يمنعه للخبر المذكور ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في العبد الجاني والرهن والمفلس فلم يمنع نقله فعلى هذا ان تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني (والثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما، فعلى هذا لا يصح تصرف الورثة لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن لهم الغرماء وأن تصرف الغرماء لم يصح الا باذن الورثه

﴿مسئلة﴾ (وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه)

وبهذا قال الشافعي وحكي عن مالك وحكي عنه لايحاصهم لانه نقض لحكم الحاكم

ولنا أنه غريم يقاسمهم لو كان حاضرا، فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله وليس قسم الحاكم ماله حكما انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه مالو قسم أرضا بين شركاء ثم ظهر شريك آخر وقسم الميراث ثم ظهر وارث سواه

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الاجرة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة وسقط من الاجرة بقـدر ذلك ثم ان وجد عين ماله أخذ منه بقدر ذلك، وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته لان سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيبا فردها به أوردها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لأن

ذلك المال وادعى أن له مالا سواه او انه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم البينة واقر له غريمه بتلف ماله وادعى ان له مالا سواه لزمته اليمين فكذلك اذا قامت به البينة فانها لا تزيد على الاقرار ، وان كان الحق يثبت عليه في غير مقابلة مال اخذه كأرش جناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع ان كان امرأة وان لم يعرف له مال حلف انه لا مال له وخلي سبيله ولم يحبس وهذا قول الشافعي وابن المنذر فان شهدت البينة باعساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم ، وان شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه وكذلك لو اقر له به غريمه وانما اكتفينا بيمينه لان الاصل عدم المال لما روي ان النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء «لا تيئسا من الرزق ما اهتزت رءوسكما فان ابن آدم يخلق وليس له الا قشرتاه ثم يرزقه الله تعالى» قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والاصل عدم ماله بخلاف المسئلة الاولى فان الاصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه والخرقي لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) اذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والاغلاظ له بالقول فيقول ياظالم يامتعدي ونحو ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لي الواجد يحل عقوبته وعرضه » فعقوبته حبسه وعرضه أي يحل القول في عرضه بالاغلاظ وقال النبي صلى الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم » وقال « إن لصاحب الحق مقالا »

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا مات فتبين أنه كان مفلسا لم يكن لاحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله)

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون حياً فان مات فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك واسحاق ، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه

البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشترى عن المبيع ، وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء .

﴿مسئلة﴾ (وان بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على ايجار نفسه لقضائها على روايتين)

(إحداهما) لا يجبر وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلا اصيب في ثمرة ابتاعها فكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه» فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم ولانه تكسب المال فلم يجبر عليه كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر .

(والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار والعنبري واسحاق لما روي

وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه ، رواه أبو داود وابن ماجه واحتجوا بعموم قوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به » ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه ، ولان الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ماروى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وورى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امريء مات وعنده مال امريء بعينه اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ، ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه المرهون . وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، قال ابن عبدالبر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقي وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ثم هو غير معمول به اجماعا فانه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ماحكي عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها اذا مات المشتري وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن أقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله ، وأما الحديث الآخر فنقول به وان صاحب المتاع أحق به إذا وجده عند المفلس وما وجده في مسئلتنا عنده انما وجده عند ورثته فلا يتناوله الخبر وانما يدل بمفهومه على أنه لايستحق الرجوع فيه ثم هو مطلق وحديثنا يقيده وفيه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ويفارق حالة الحياة حال الموت لامرين (أحدهما) أن الملك في الحياة للمفلس وههنا لغيره (والثاني) ان ذمة المفلس خربت ههنا خرابا لايعود فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه)

وجملة ذلك ان من عليه الدين اذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل

أن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه وكان سرق دخل المدينة وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة أبعرة . رواه الدار قطني بمعناه من رواية خلد بن مسلم الزنجي الا أن فيه كلاماً والحر لايباع ثبت أنه باع منافعه ، ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها وتحريم اخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليه كبيع ماله، ولانها اجارة لمايملك اجارته فيجبر عليها لوفاء دينه كاجارة أم ولده . فان قيل حديث سرق منسوخ لان الحر لايباع والبيع وقع على رقبته بدليل ان فى الحديث ان الغرماء قالوا لمشتريه ماتصنع به ؟ قال اعتقه ، قالوا : لسنا بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات نسخ بالاحتمال ولا يجوز ، ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا وحمل بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم ، فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه كثير في القرآن

محل قدومه من السفر مثل أن يكون سفره الى الحج لا يقدم الا في صفر ودينه يحل في المحرم أوذي الحجة فله منعه من السفر لان عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضمينا مليئاً أو دفع رهنا يفي بالدين عند المحل فله السفر لان الضرر يزول بذلك، وأما ان كان الدين لا يحل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر نظرنا فان كان سفره الى الجهاد فله منعه الا بضمين أو رهن لانه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق، وان كان السفر لغير الجهاد فظاهر كلام الخرقي انه ليس له منعه وهو أحد الروايتين عن احمد لان هذا السفر ليس بامارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعي الى الجمعة، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلا بحال سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو بعده أو الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه ان لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله، وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجحده

وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل - واسأل القرية) وغير ذلك، وكذلك قوله أعتقه أي من حقي عليه يدل على ذلك قوله فأعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه، وأما قوله تعالى (فنظرة الى ميسرة) فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته. أما قبول الهدية والصدقة فضرة تأباها قلوب ذوي المروءات لما فيها من المنة. فعلى هذا لا يجبر على الكسب الا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم.

(فصل) ولا يجبر على قبول صدقة، ولا هدية، ولا وصية، ولا قرض، ولا المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر على مافيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلس يمنعه من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا

(فصل) وان جني على المفلس جناية توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح عفوه فان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحة الزجر، فان اقتص لم يجب للغرماء شيء، وان عفا على مال ثبت وتعلق به حقوق الغرماء، وإن عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء، وان قلنا أحد أمرين ثبتت الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء، وان عفا على غير مال وقلنا القصاص هو الواجب عيناً لم يثبت شيء، وان قلنا أحد الامرين يثبت الدية ولم يصح إسقاطه لان عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب كالثمن في المبيع وليس له إسقاط شيء من ثمن مبيع أو اجرة اجارة ولا قبض رديء، ولا قبض المسلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

كتاب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) أي حراما محرما ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر؟) أي عقل سمي حجراً لانه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته وهو في الشريعة منع الانسان من التصرف في ماله والحجر على ضربين: حجر على الانسان لحق نفسه وحجر عليه لحق غيره، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته وعلى المكاتب والعبد لحق سيدها والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها. وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة الصبي والمجنون والسفيه وهذا الباب مختص

﴿مسئلة﴾ (ولا ينفك عنه الحجر الا بحكم حاكم)

لانه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالمحجور عليه لسفه، وفيه وجه آخر أنه يزول بقسمة ماله لانه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه والاول أولى وفارق المجنون فانه يثبت بنفسه فزال بزواله بخلاف هذا ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون

(فصل) وإذا فك الحجر عنه فليس لاحد مطالبته وملازمته حتى يملك مالا، فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يقبل إلا ببينة، فان جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا او ادعوا ذلك عقيب فك الحجر عنه وبينوا سببه أحضره الحاكم وسأله، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء، وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربة وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز ان يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس. وان لم يصدقه عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه أقر ان المال له فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك، فان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر

﴿مسئلة﴾ (ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مال فحجر عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني)

إلا أن الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها، وبهذا قال الشافعي وقال مالك: لايدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا الا أن يكون له فائدة من ميراث أو يجنى عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه. ولنا أنهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساووا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكتساويهم في الميراث وأرش الجناية، ولان كسبه مال له فتساووا فيه كالميراث

(مسئلة) (وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا)

المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء وان امتنع لم يجبر لانا لا نعلم صدق الشاهد، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج الى يمين معه

بهؤلاء الثلاثة والحجر عليهم حجر عام لانهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) والآية التي بعدها، قال سعيد بن جبير وعكرمة هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال إلى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ومدبروها ، وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) يعني اختبروهم في حفظهم لاموالهم (حتى اذا بلغوا النكاح) أي مبلغ الرجال والنساء (فان آنستم منهم رشداً) أي أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لاموالهم وصلاحا في تدبير معايشهم

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن أونس منه رشد دفع اليه ماله اذا كان قد بلغ)

فلا نجبره على مالا نعلم صدقه كغيره فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك وبهذا قال الشافعي في الجديد ،وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم ان يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ،ولنا أنهم يثبتون ملكا لغيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لاثبات ملك زوجها لتتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق مابعد الموت فان المال انتقل اليهم فهم يثبتون بأيمانهم ملكا لانفسهم .

(فصل) قال رحمه الله (الحكم الرابع انقطاع المطالبة عن المفلس فمن أقرضه شيئاً أو باعه اياه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه)

اذا تصرف المحجور عليه في ذمته بشراء او اقتراض صح لانه أهل للتصرف والحجر إنما تعلق بماله وقد ذكرناه وليس للبائع ولا للمقرض مطالبته في حال الحجر لان حق الغرماء تعلق بعين ماله الموجود حال الحجر وبما يحدث له من المال فقدموا على غيرهم ممن لم يتعلق حقه بعين المال كتقديم حق المرتهن بثمن الرهن ، وتقديم حق المجني عليه بثمن العبد الجاني فلا يشارك اصحاب هذه الديون الغرماء لما ذكرنا ،ولان من علم منهم بفلسه فقدرضي بذلك ومن لم يعلم فهو مفرط ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كما لو أقر لانسان بمال بعد الحجر عليه وفي اقراره خلاف ذكرناه فيما مضى فان وجد البائع والمقرض أعيان أموالهما فهل لهم الرجوع فيها؟ على وجهين (أحدهما) لهما ذلك للخبر (والثاني) لافسخ لهما لانهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة فأشبه من اشترى معيبا يعلم عيبه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحجور عليه لحظه وهو الصبي والمجنون والسفيه)

الحجر على هؤلاء الثلاثة حجر عام لانهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) وقوله (وابتلوا اليتامى) الآية قال سعيد بن جبير وعكرمة : هو مال اليتيم عندك لا تؤته اياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال الى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ، ومدبروها ، وقوله (وابتلوا اليتامى) اختبروهم في حفظهم لاموالهم

﴿مسألة﴾ (فلا يصح تصرفهم قبل الاذن)لان تصحيح تصرفهم يفضي الى ضياع أموالهم وفيه ضرر عليهم

(مسألة) (ومن دفع اليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقيا)

لانه عين ماله وتصرفهم فاسد فان اتلفه واحد منهم فهو من ضمان مالكه ، وكذلك ان تلف

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (احدها) في وجوب دفع المال الى المحجور عليه اذا رشد وبلغ وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى ، قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك وقد أمر الله تعالى به في نص كتابه بقوله سبحانه (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولان الحجر عليه انما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظا لما له عليه وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه ، ولا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون اذا عقل حكم حاكم بغير خلاف ولا يعتبر ذلك في الصبي اذا رشد وبلغ وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا يزول الا بحاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفيه، ولنا ان الله تعالى أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم وهذا خلاف النص ولانه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون وبهذا فارق السفيه ، وقد ذكر أبو الخطاب ان الحجر على السفيه يزول بزوال السفه والاول أولى فصار الحجر منقسما الى ثلاثة اقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم وهو حجر المجنون وقسم لا يزول الا بحاكم وهو حجر السفيه وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي

في يده لانه سلطه عليه برضاه وسواء علم بالحجر على السفيه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط وان لم يعلم فهو مفرط أيضاً اذ كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه ، فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي انه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه ان كان سفيها لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه مالو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل ان لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع أما ما أخذه بغير اختيار المالك كالغصب والجناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك وكذلك الحكم في الصبي والمجنون فان أودع عند الصبي والمجنون أو اعارهما فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما لانهما ليسا من اهل الحفظ ، وان أتلفاه ففيه وجهان نذكرهما في الوديعة

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع اليهما مالهما ولا ينفك قبل ذلك بحال)

اذا عقل المجنون ورشد انفك الحجر عنه ولا يحتاج إلى حكم حاكم بغير خلاف وكذلك الصبي اذا بلغ ورشد وهذا مذهب الشافعي، وقال مالك لا يزول الا بحكم حاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم حاكم كزوال الحجر عن السفيه . ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجود ذلك حتى يحكم الحاكم وهذا مخالف لظاهر النص، ولانه حجر ثبت بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون ولان الحجر عليه انما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لماله عليه فمتى بلغ ورشد زال الحجر لزوال سببه ، السفيه لنا فيه منع، فعلى هذا الحجر منقسم الى ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم الحاكم وهو الحجر للمجنون ، وقسم لا يزول الا بحكم حاكم وهو الحجر للسفه، وقسم فيه الخلاف وهو الحجر على الصبي

(الفصل الثاني) أنه لا يدفع اليه ماله قبل وجود الامرين البلوغ والرشد ولو صار شيخا وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيته شيخا يخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فانه لا يولى على مثلي فقال انك فاسد . فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع إلي مالي . فقال له القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث إلى امرأته وقال هي حرة مسلمة وما كنت لاحبسها عليك وقد فهت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة لحبس رقيقه. قال ابن اسحاق ما كان يعاب على رجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع اليه ماله

(فصل) ومتى انفك الحجر عنهما دفع اليهما مالهما لقول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك ولان منعه من التصرف انما كان لعجزه عن التصرف حفظاً لماله فاذا صار أهلا للتصرف زال الحجر لزوال سببه

(فصل) ولا ينفك عنه الحجر ولا يدفع اليه ماله قبل البلوغ والرشد ، ولو صار شيخا وهو قول الاكثرين قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل العراق والحجاز والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرا كان أو كبيرا وبه قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيته شيخا يخضب وقد جاء الى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فانه لا يولى علي مثلي فقال . إنك فاسد فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر إن لم تدفع الي مالي، فقال القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث الى امرأته وقال : هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة لحبس رقيقه . وقال ابن اسحاق ما كان يعاب على الرجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة ، وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك الحجر عنه ودفع اليه ماله لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً ولانه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد

ولنا قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) أي أموالهم وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما وقال تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر فلم يجز دفع ماله اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتجوا بها فانما تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل

لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح ان يكون جداً ولانه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد

ولنا قول الله تعالى ، وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنسم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهماوقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعني أموالهم وقول الله تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فاثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر لماله فلا يجوز دفعه اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتج بها فانما تدل بدليل خطابها وهو لايقول به ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالاجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن تخص به أيضاً كما انها لما خصصت في حق المجنون لاجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضا بعد خمس وعشرين وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص وما ذكروه من كونه جدا ليس تحته معنى يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور فيمن له دون هذا السن فان المرأة تكون جدة لاحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها ، إذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا اقراره،

خمس وعشرين بالاجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً كما أنها لما خصصت في حق المجنون لجنونه فيما قبل خمس وعشرين خصصت بعدها ، وما ذكرنامن المنطوق أولى مما يستدل به من المفهوم المخصص وقوله انه صار يصلح جداً لا معنى تحته يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور ممن هو دون هذا السن فان المرأة تكون جدة لاحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة فما أوجب الحجر قبلها يوجبه بعدها ، اذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة يصح بيعه واقراره لأن البالغ عنده لا يحجر عليه وانما لم يسلم اليه للآية

ولنا أنه لا يدفع اليه ماله لعدم رشده فلم يصح تصرفه واقراره كالصبي والمجنون ولانه إذا نفذ تصرفه واقراره تلف ماله ولم يفد منعه من ماله شيئا ولان تصرفه لو كان نافذاً لسلم اليه ماله كالرشيد فانه انما منع ماله حفظا له فاذا لم يحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الخشن حول القبل، وتزيد الجارية بالحيض والحمل)

يثبت البلوغ في حق الجارية والغلام بأحد الاشياء الثلاثة المذكورة وهي : خروج المني من القبل وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد كيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام او غير ذلك يحصل به البلوغ لا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وقوله (والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » رواه أبو داود ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها (الثاني) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في حق الغلام والجارية وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود لاحد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن

وقال أبو حنيفة يصح بيعه واقراره وانما لا يسلم اليه ماله لان البالغ عنده لا يحجر عليه وانما منع تسليم ماله اليه للآية ، وقال أصحابنا في اقراره يلزمه بعد فك الحجر عنه اذا كان بالغاً . ولنا أنه لا يدفع اليه ماله لعدم رشده فلا يصح تصرفه واقراره كالصبي والمجنون ، ولانه اذا نفذ تصرفه واقراره تلف ماله ولم يفد منعه من ماله شيئاً ولان تصرفه لو كان نافذاً لسلم اليه ماله كالرشيد فانه انما يمنع ماله حفظاً له فاذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل

﴿ الفصل الثالث في البلوغ ﴾ ويحصل في حق الغلام والجارية باحد ثلاثة اشياء وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والانثى فاولها خروج المني من قبله وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد فكيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ لا نعلم في ذلك اختلافا لقول الله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا — وقوله — والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » وقوله عليه السلام لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » رواهما أبو داود . قال ابن المنذر وأجمعوا على ان الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الانبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة الذي استحق أخذه بالموسى . وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات

ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » واثبات البلوغ لغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثماني عشرة ، وعن أبي حنيفة في الغلام روايتان (احداهما) سبع عشرة (والثاني) ثماني عشرة والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف فيما دون هذا ولا اتفاق . ولنا أن ابن عمر قال عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني متفق عليه ، وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا الا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعي في مسنده والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولان السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الجارية والغلام فاستويا فيه كالانزال وما احتج به مالك وداود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان انبات الشعر علما عليه (الثالث) نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة ، فأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات شعر أشبه سائر شعر البدن

ولنا أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن يقتل مقاتلتهم ويسبى ذراريهم فأمر بأن يكشف عن مؤتزريهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت الحقوه بالذرية . قال عطية القرظي عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟

شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بان تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية وقال عطية القرظي عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟ فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية متفق على معناه . وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، وروى محمد بن يحيي بن حبان ان غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر لحددتك، ولانه خارج يلازمه البلوغ غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى فكان علما على البلوغ كالاحتلام ولان الخارج ضربان متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشركين كان بلوغا في حق المسلمين كالاحتلام والسن

وأما السن فان البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال داود لاحد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثماني عشرة ، وروي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان (إحداهما) سبع عشرة (والثانية) ثماني عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف في هذا ولا اتفاق

ولنا ان ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني . متفق عليه . وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وانا ابن خمس عشرة فأجازني

فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية . متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية الا ممن جرت عليه المواسي ، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال . لو أنبت لحددتك ، ولانه خارج يلازمه البلوغ غالباً يستوي فيه الذكر والانثى فكان علماً على البلوغ كالاحتلام ، ولان الخارج ضربان متصل ومنفصل ، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشرك كان بلوغا في حق المسلم كالاحتلام والسن

(فصل) والحيض علم على البلوغ في حق الجارية لا نعلم فيه خلافا ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وكذلك الحمل يحصل به البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة أن الولد انما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة ، قال الله تعالى (فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الاحاديث ، فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) إذا وجد خروج المني من الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا، وان خرج من فرجه أو حاض كان علما على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي: ليس واحد منهما علما على البلوغ فان اجتمعا فقد بلغ وهو مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج ذلك منه خلقة زائدة .

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على ذكوريته أو أنوثيته فخروج المني والحيض أولى

فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعي في مسنده ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وروي عن أنس ان النبي ﷺ قال « اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود » ولان السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالانزال وما ذكره أصحاب أبي حنيفة ففيما رويناه جواب عنه وما احتج به داود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان انبات الشعر علما عليه ، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافا ، وقد قال النبي ﷺ « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وأما الحمل فهو علم على البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة ان الولد لا يخلق الا من ماء الرجل وماء المرأة . قال الله تعالى (فلينظر الانسان مم خلق * خلق من ماء دافق * يخرج (١) من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث فمتى حملت حكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) واذا وجد خروج المني من ذكر الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا وان خرج من فرجه او حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي ليس واحد منهما علما على البلوغ فان اجتمعا فقد بلغ ، وهذا مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج منه ذلك خلقة زائدة

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلا أو امرأة فخروج المني والحيض أولى واذا ثبت كونه رجلا خرج المني من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ

وإذا ثبت كونه رجلا خرج المني من ذكره ، أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ ؛ ولان خروج مني الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين، واذا ثبت التعيين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه ، ولانهم سلموا أن خروجهما معاً دليل عليه فخروج أحدهما منفرداً أولى لان خروجهما معاً يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها ، وليس أحدهما أولى بذلك من الآخر فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعاً بخلاف ما اذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه ، فاذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه أنثى بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلى هذا اذا خرجا جميعا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة ، وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لانه ان كان رجلا فقد خرج المني من ذكره ، وان كان أنثى فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لان هذا يجوز أن لا يكون حيضاً ولا منياً فلا يكون فيه دلالة وقد دل على ذلك تعارضهما فانتفت دلالتهما على البلوغ كانتفاء دلالتهما على الذكورية والانوثية

﴿ مسئلة ﴾ (والرشد الصلاح في المال)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة ، وقال الحسن والشافعي وابن المنذر . الرشد الصلاح في الدين والمال لان الفاسق غير رشيد ، ولان افساد دينه يمنع الثقة به في حفظ

(١) المشهور أن الضمير في يخرج للماء الدافق وأن المراد صلب الرجل وترائب المرأة وفيه إشكال للاطباء واجيب عنه بأجوبة منها قول شيخنا إنها كناية عن اجتماع الرجل والمرأة الاجتماع الخاص الذي يكون سبباً لخروجه من بينهما ووقوعه في الرحم . ولو قيل إن الضمير للانسان وما بين الصلب والترائب بطن الام لزال الاشكال من أصله

ولان خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين فاذا ثبت التعيين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه ولانه مني خارج من ذكر أو حيض خارج من فرج فكان علما على البلوغ كالمني الخارج من الغلام والحيض الخارج من الجارية ولأنهم سلموا أن خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج أحدهما منفرداً أولى لان خروجهما معا يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى العادة بان الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فاذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها فعلى هذا ان خرجا معا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة لان الدليلين تعارضا فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت ، وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لانه ان كان رجلا فقد خرج المني من ذكره وان كان امرأة فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لانه يجوز أن لا يكون هذا حيضا ولا منيا فلا يكون فيه دلالة وقد دل تعارضهما على ذلك فانتفت دلالتهما على البلوغ كانتفاء دلالتهما على الذكورية والانوثية والله أعلم .

ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وان لم يعرف منه كذب ولا تبذير . ولنا قول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس : يعني صلاحا في أموالهم ، وقال مجاهد اذا كان عاقلا ، ولان هذا اثبات في نكرة ومن كان مصلحا لماله فقد وجد منه رشد ، ولان العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا ، ولان هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه انما كان لحفظ ماله عليه والمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أوحفظه قولهم ان الفاسق غير رشيد قلنا هو غير رشيد في دينه ، أما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فانه غير رشيد في دينه ولا يحجر عليه لذلك ، ولا يلزم من منع قبول القول منه دفع ماله اليه ، فان من عرف بكثرة الغلط والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في مجمع الناس لاتقبل شهادتهم وتدفع أموالهم اليهم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يدفع ماله اليه حتى يختبر)

لانه انما يعرف رشده باختياره لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى) أي اختبروهم واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله اليه، فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء ، فاذا تكرر منه فلم يغبن ولم يضيع مافي يديه فهو رشيد ، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فان صرفها في مصارفها ومواقعها واستوفى على وكيله فيما وكله واستقصى عليه دل على رشده ، والمرأة يفوض اليها مايفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك ، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الجارية وان لم تنكح)

يعني أن الجارية اذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع اليها مالها وزال الحجر عنها وان لم تزوج ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ونقل أبو طالب عن أحمد لا يدفع الى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد أو يمضي عليها سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال عهد إلي عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد ولداً رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجماعا ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لان كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بلغ واونس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج وحديث عمر ان صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس ، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح ، ولنا ان نمنع ذلك وان سلمناه

(مسئلة) (وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه)

كالغناء والقمار وشراء المحرمات ، وشراء آلات اللهو والخمر وان يتوصل به الى الفساد فهذا غير رشيد لانه تبذير لماله وتضييعه فيما لا فائدة فيه ، فان كان فسقه بالكذب والتهاون بالصلاة مع حفظه لماله لم يمنع ذلك من دفع ماله اليه لما ذكرنا

(مسئلة) (وعنه لا يدفع الى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة)

المشهور في المذهب ان الجارية اذا بلغت ورشدت دفع اليها مالها كالغلام وزال الحجر عنها وان لم تزوج وهذا قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، ونقل أبو طالب عن أحمد أن الجارية لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج وتلد أو تقيم سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال . عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد . رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجماعا ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بلغ وأنس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ، ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج ، وحديث عمر إن صح فلم نعلم انتشاره في الصحابة فلا يترك به الكتاب والقياس ، وعلى أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح

ولنا ان نمنعه وان سلمناه فانما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصالحه لا يعلم الا بمباشرته

فانما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصالحه لا يعلم الا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها عملا بعموم حديث عمر ولانه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يجز دفعه اليها كما لو ترشد ، وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا احدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا باذن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها قال له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي ان امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟ » فقالت نعم فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى كعب فقال « هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ » قال نعم فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابن ماجه ، وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة

والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية اذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها عملا بعموم حديث عمر ولانه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يجز دفعه اليها كما لو لم ترشد وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(مسئلة) (وقت الاختبار قبل البلوغ في احدى الروايتين)

وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) أنه سماهم يتامى وانما يكونون يتامى قبل البلوغ (الثاني) أنه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فيدل على أن الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، وإذا أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما نذكره ، وعنه ان اختباره بعد البلوغ أومأ إليه أحمد لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ولاصحاب الشافعي نحو هذا الوجه

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون الا للأب) لانها ولاية على الصغير فقدم فيها الاب كولاية النكاح ثم وصيته بعده لانه نائبه أشبه وكيله في الحياة ثم للحاكم لان الولاية انقطعت من جهة القرابة فتثبت للحاكم كولاية النكاح ومذهب أبي حنيفة والشافعي ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية لانه أب

ولنا أن الجد لا يدلي بنفسه وانما يدلي بالاب الادنى فلم يل مال الصغير كالاخ ولان الاب يسقط الاخوة بخلاف الجد وترث الام معه ثلث الباقي في زوج وأم وأب وزوجة وأم أب بخلاف الجد فلا

عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بمالها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها » والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به فاذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وانهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن؟ فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ولان المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كأختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه (أحدها) أن المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر

يصح قياسه عليه فأما من سواهم فلا يثبت لهم ولاية لان المال محل الجناية ومن سواهم قاصر الشفقة غير مأمون على المال فلم يله كالاجنبي ، ومن شرط ثبوت الولاية على المال العدالة بغير خلاف لان في تفويضها الى الفاسق تضييعاً للمال فلم يجز كتفويضها الى السفيه ، وكذلك الحكم في السفيه اذا حجر عليه صغيراً واستدام الحجر عليه بعد البلوغ

﴿مسئلة﴾ (وليس لوليها التصرف في مالها إلا على وجه الحظ لها وما لاحظ فيه ليس له التصرف به كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة)

لقول الله سبحانه وتعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وقوله عليه الصلاة والسلام « لاضرر ولا ضرار » رواه الامام أحمد وهذا فيه اضرار فان فعل شيئا من ذلك أوزاد على النفقة عليها أو على من تلزمها مؤنته بالمعروف ضمن لانه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما الا الأب لانه غير متهم عليه لكمال شفقته)

وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والشافعي وزادوا الجد وقال زفر لا يجوز لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولايجوز ان يتعلق به حكمان متضادان، ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد ، فأما الجد فلا ولاية له على ما ذكرناه فهو كالاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل اليه وترك حظ نفسه لحظه ، وبهذا فارق الوصي والحاكم وامينه، فأما الحاكم والوصي فلايجوز لهما ذلك لانهما متهمان في طلب الحظ لانفسهما فلم يجز ذلك لهما بخلاف الاب

(مسئلة) (ولوليها مكاتبة رقيقها وعتقه على مال)

الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فانها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بما لها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعا

(فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه؟ على روايتين (إحداهما) الجواز لان عائشة قالت. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء» ولم يذكر إذنا وعن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير فهل علي جناح ان أرضخ مما يدخل علي فقال «ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعى عليك» متفق عليهما وروي أن امرأة أتت النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إنا كل على أزواجنا وآبائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال «الرطب تأكلينه وتهدينه» ولان العادة السماح بذلك وطيب النفس فجرى مجرى صريح الاذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الاذن في أكله (والرواية الثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله

اذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته الفاً فكاتبه بألفين أو يعتقه بهما فان لم يكن فيها حظ لم يصح، وقال مالك وأبو حنيفة لايجوز اعتاقه لان الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار، وقال الشافعي لا يجوز كتابته ولا اعتاقه لان المقصود منهما العتق دون المعاوضة فلم يجز كالاعتاق بغير عوض

ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعه ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقا فانه اذا حصل لليتيم حظ لم يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ماقاسوا عليه فانه لا نفع فيه لعدم الحظ وانتفاء المقتضي لا لما ذكروه ولوقدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً وان كان العتق على مال بقدر قيمته أو أقل لم يجز لعدم الحظ فيه، وقال أبو بكر يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ فيه مثل ان تكون له جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعتين ولو أفردت إحداهما ساوت مائتين ولا يمكن افرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتيهما

(مسئلة) (وله تزويج إمائهما) إذا وجب تزويجهن بأن يطلبن ذلك أو يرى المصلحة فيه لانه ولي عليهن وقائم مقام مالكهن فكان له تزويجهن كالمالك.

﴿ مسئلة ﴾ (وله السفر بمالهما للتجارة فيه والمضاربة بمال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزء من الربح)

أباكان او وصياً او حاكما أو امين حاكم وهو أولى من تركه، وممن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور ويروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم احداً كرهه الا الحسن ولعله اراد اجتناب المخاطرة به ورأى خزنه احفظله وهوقول الجمهور لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من ولي يتيما له مال

صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا باذن زوجها » قيل يارسول الله ولا الطعام؟ قال « ذاك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه » وقال « إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » ولانه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجز كغير الزوجة ، والاول أصح لان الاحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كانه قال لها افعلي هذا ، فان منعها ذلك وقال لا تتصدقي بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك لان المنع الصريح نفى للاذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه، ولو كانت امراته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها والله أعلم

فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي موقوفاً على عمر وهو أصح من المرفوع ولان ذلك أحفظ للمولى عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم الا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا الى الامناء ولا يغرر به ، وقد روي عن عائشة أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل انه كان في موضع مأمون قريب من الساحل، ويحتمل أنها جعلت ضمانة عليها ان هلك

﴿مسئلة﴾ (والربح كله لليتيم)

يعني إذا اتجر بنفسه وأجاز الحسن بن صالح واسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه لانه جاز له ان يدفعه بذلك فجاز ان يأخذه بذلك له ،ويتخرج لنا مثل ذلك كما قلنا في الشريك إذا فعل بنفسه ما يجوز له الاجارة عليه فانه يستحق الاجرة في أحد الوجهين كذلك هذا وبه قال أبو حنيفة ، والصحيح ما قلناه لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة لنفسه

﴿مسئلة﴾ (فأما ان دفعه الى غيره فللمضارب ماجعل له الولي)

ووافقه عليه في قولهم جميعاً لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته فأشبه تصرف المالك في ماله .

(فصل) وله ابضاع ماله وهو دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم لانه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز له بيعه نساء اذا كان له الحظ في ذلك)

فانه قد يكون اكثر ثمناً وانفع لكن يحتاط على الثمن بأن يأخذ به رهناً أوكفيلا موثوقاً يتحفظ الثمن به

﴿مسئلة﴾ (وله قرضه برهن)

﴿ مسئلة ﴾ قال (والرشد الصلاح في المال)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وقال الحسن والشافعي وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله لان الفاسق غير رشيد ولان افساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وان لم يعرف منه كذب ولا تبذير

ولنا قول الله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس يعني صلاحا في أموالهم وقال مجاهد اذا كان عاقلا ولان هذا اثبات في نكرة ومن كان مصلحاً لماله فقد وجد منه رشد ولان العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا ولان هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه وقولهم ان الفاسق غير رشيد قلنا : هو غير رشيد في دينه اما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فانه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطا في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله اليه فان من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع اليهم

اذا لم يكن في قرض مال اليتيم حظ له لم يجز ، وان كان في قرضه حظ لليتيم جاز . قال أحمد لا تقرض مال اليتيم لأحد تريد مكافأته ومودته . ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر وقيل لاحمد ابن عمر اقترض مال اليتيم قال : انما استقرض نظراً لليتيم واحتياطا إن أصابه شيء غرمه. قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون للصبي مال في بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرهما أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفا من السوس أو تنقص قيمته ، وأشباه هذا فيجوز القرض لان لليتيم فيه حظاً فجاز كالتجارة به ، وان لم يكن فيه حظ لم يجز لانه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وان اراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله، فان أراد أن يودع مال اليتيم فقرضه لثقة أولى من ذلك لان الوديعة لا تضمن فان لم يجد ثقة يستقرضه فله ايداعه لانه موضع حاجة ، وان أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه لانه ربما رأى الايداع أولى من القرض فلا يكون مفرطاً وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا لمليء أمين ليأمن جحوده وتعذر الايفاء وينبغي ان يأخذ رهنا ان امكنه فان تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لان الظاهر أن من يستقرضه لحظ اليتيم لا يبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ ، وظاهر كلام شيخنا في هذا الكتاب المشروح أنه لا يجوز وكذلك ذكره أبو الخطاب لان فيه احتياطاً للمال ، فان تركه احتمل ان يضمن ان ضاع المال لتفريطه واحتمل أن لا يضمن لان الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام احمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر هل يجوز للوصي ان يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين بناء على الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه .

أموالهم . إذا ثبت هذا فان الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة ، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة واضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله اليه لان المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة اليه ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله اليه لم ينزع منه

(فصل) وإنما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) يعني اختبروهم كقوله تعالى (ليبلوكم أيكم أحسن عملا؟) أي يختبركم ، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء فاذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع مافي يديه فهو رشيد ، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فان كان قيما بذلك يصرفها في مواقعها ويستوفي على وكيله ويستقصي عليه فهو رشيد . والمرأة يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك ، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة ووقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية ان ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) انه سماهم يتامى : وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ

﴿مسئلة﴾ (وله شراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة اهل بلده به)

اذا رأى المصلحة في ذلك كله لانه مصلحة له فانه يحصل له الفضل ويبقى الاصل والغرر فيه أقل من التجارة لان اصله محفوظ

(فصل) ويجوز ان يبني لهما عقاراً لانه في معنى الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه واذا أراد بناءه بناه بما يرى الحظ فيه مما جرت عادة أهل البلد به وقال اصحابنا يبنيه بالآجر والطين لا يبني باللبن لانه اذا هدم لامرجوع له ولابجص لانه يلتصق بالآجر فلايخلص منه فاذا انهدم فسدالآجر لان تخليصه منه يفضي الى كسره وهذا مذهب الشافعي والذي قلناه اولى ان شاء الله فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله ولايجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الاجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج اليه مع ان كثيراً من البلدان لايوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل ، فعلى هذا يحمل قول أصحابنا على من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها ولايصح حمله في حق غيرهم وانما يفعل ماذكرنا من الشراء والبناء إذا رأى المصلحة فيه والحظ لهما

﴿ مسئلة ﴾ (وله شراء الاضحية لليتيم الموسر)

نص عليه اذا كان له مال كثير لا يتضرر بشرائها فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو يوم عيد وفرح وفيه جبر قلبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انها أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل» رواه مسلم وهذا قول أبي حنيفة ومالك قال مالك اذا كان له ثلاثون ديناراً يضحي عنه بالشاة بنصف دينار . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لايجوز وهو مذهب الشافعي

(والثاني) انه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فدل على ان الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ مؤد الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر الا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أومأ أحمد في موضع الى ان اختباره بعد البلوغ لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان عاود السفه حجر عليه)

وجملته ان المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه اعيد عليه الحجر وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد . ولنا اجماع الصحابة وروى عروة بن الزبير ان عبدالله ابن جعفر ابتاع بيعا فقال علي رضي الله عنه لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعا وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه في

لانه اخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالهدية . قال شيخنا : ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين فالموضع الذي منع التضحية اذا كان الطفل لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا ينكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها والموضع الذي أجازها اذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة فيها ، وعلى كل حال من ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه لانه لا تحل الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا

(فصل) ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الادم فهو أولى ، وان كان الافراد أرفق به أفرده لقول الله تعالى (ويسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم) أي ضيق عليكم وشدد ، من قولهم أعنت فلان فلانا اذا ضيق عليه وشدد

﴿مسئلة﴾ (ويجوز تركه في المكتب وأداء الاجرة عنه بغير اذن الحاكم)

وحكي لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصي الصبي الا باذن الحاكم فأنكر ذلك ، وذلك لان المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لمأكوله وملبوسه ، وكذلك يجوز أن يسلمه في صناعة اذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ولا يبيع عقارهم الا لضرورة أو غبطة وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعداً)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لانا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فبيعه اذاً تفويت للحظ فان احتيج الى بيعه جاز قال أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار اذا كان أحظ لهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قالوا يبيع اذا رأى الصلاح ، قال القاضي لا يجوز بيعه

البيع فقال عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعا ولان هذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفيها سفهه وهو موجود ، ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون ، وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه

(فصل) ولا يحجر عليه الا الحاكم ، وبهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجورا عليه بمجرد تبذيره لان ذلك سبب الحجر فأشبه الجنون : ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم الحاكم كابتداء مدة العنة ولانه حجر مختلف فيه فلم يثبت الا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه. ولا يزول الا بحكم الحاكم، وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب : يزول السفه لانه سبب الحجر فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون

ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا به كحجر المفلس ولان الرشد يحتاج الى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبي والمجنون فان الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه ، ولا نا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليه . قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة

الا في موضعين (أحدهما) أن يكون فيه ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يبذل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله ، قال أبو الخطاب كالثلث فما زاد أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه وهذا الذي ذكره شيخنا في المقنع وهو قول في مذهب الشافعي وكلام أحمد يقتضي اباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يختص بما ذكروه فان الولي قد يرى الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة لا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره وقد تكون داره بمكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار او غيره فيبيعها ويشتري له بثمنها داراً يصلح له المقام بها وأشباه هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وان دفع مثلا ثمنه إما لحاجته اليه واما لانه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي ﷺ « من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه » فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكروه في الجواز ولا في المنع بل متى كان الحظ في بيعه جاز وما لا فلا ، وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان وصي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لاعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية) لانه مصلحة ليس فيها ضرر ، وان كانت تلزمه نفقته لم يجز له قبولها لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ومن فك عنه الحجر فعاوده السفه أعيد الحجر عليه) وجملة ذلك أن المحجور عليه اذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه أعيد عليه الحجر وبه

المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبي والسفيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله)

وجملته ان الحاكم اذا حجر على السفيه استحب ان يشهد عليه ليظهر أمره فتجتنب معاملته، وان رأى أن يأمر مناديا ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد عليه لانه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به فاذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقيا ، وإن أتلفه السفيه أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري ولا شيء على السفيه ، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها كالذي يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم ان كان باقيا ، وان كان تالفا فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط بدفع ماله الى من حجر عليه ، وان لم يعلم فهو مفرط اذ كان في مظنة الشهرة هذا اذا كان صاحبه قد سلطه عليه فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه مالو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل أنه لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع ، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلفه كالغصب والجناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك ، ولان الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك

(فصل) والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما وان أتلفاه ففي ضمانه وجهان

(فصل) ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ما داما في الحجر الا الاب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفيه فان كان محجوراً عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفهه فالولي فيه من

قال القاسم بن محمد ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، روي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه مكلف فلم يحجر عليه كالرشيد . ولنا ماروى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً فقال علي لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعا وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه في البيع فقال عثمان كيف أحجر على من شريكه الزبير ؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي وهذه قضية يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعا ولانه سفيه فحجر عليه كما لو بلغ سفيها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفيها سفهه وهو موجود ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث وجب انتزاع المال كالجنون وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه ، إذا ثبت ذلك فلا يحجر عليه الا الحاكم وبهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره لان ذلك سبب الحجر

ذكرناه ، وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه لم ينظر في ماله الا الحاكم لان الحجر يفتقر الى حكم حاكم وزواله يفتقر الى ذلك فكذلك النظر في ماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا أو طلق زوجته لزمه ذلك)

وجملته ان المحجور عليه لفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فان ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال لا نعلم في هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علي ان اقرار المحجور عليه على نفسه جائز اذا كان اقراره بزنا او بسرقة او شرب خمر او قذف او قتل وان الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لانه غير متهم في حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال ، وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبي ليلى لا يقع طلاقه لان البضع يجري مجرى المال بدليل انه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال . ولنا ان الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالاقرار بالحد والقصاص ودليل انه لا يجري مجرى المال انه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف فى المال ولا يملك بالميراث ولانه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل) إذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لانه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة ، واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ولانه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالاقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال في الحال

(فصل) وان خالع صح خلعه لانه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل

فأشبه الجنون ، ولنا ان التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم حاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) لان الحجر عليه يفتقر الى الحاكم فكذلك النظر في ماله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينفك عنه الحجر الا بحكمه)

يعني اذا رشد احتاج فك الحجر إلى حكم الحاكم وبه قال الشافعي وقيل ينفك بمجرد رشده ، قاله أبو الخطاب لان سبب الحجر زال فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون ، ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا بحكمه كالمفلس ولان الرشد يحتاج الى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه وفارق الصبي والمجنون فان الحجر عليهما بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه ولاننا لو وقفنا صحة تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليهم ، قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبي والمجنون

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب اظهار الحجر عليه وان يشهد عليه الحاكم) ليظهر أمره فيجتنب

به المال أولى الا ان العوض لا يدفع اليه ، وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وان أتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانها سلطته على اتلافه

(فصل) وإن أعتق لم يصح عتقه وهذا قول القاسم بن محمد والشافعي ، وحكى أبو الخطاب عن احمد رواية أخرى انه يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا انه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولانه تبرع فأشبه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فان الحجر عليهما لحق غيرهما

(فصل) وان تزوج صح النكاح باذن وليه وبغير إذنه وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال ابو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وابي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير اذن وليه كالشراء . ولنا انه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه وان لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لان ذلك محض مصلحته لانه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، ويصح استيلاده وتعتق الامة المستولدة بموته لانه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه

معاملته وإن رأى أن يأمر مناديا ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد لانه قد ينتشر أمره لشهرته

﴿مسئلة﴾ (ويصح تزوجه باذن وليه)

وبغير اذنه وهو قول أبي حنيفة واختاره القاضي ، وقال أبو الخطاب لا يصح بغير اذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير اذن وليه كالشراء ، ووجه الاول أنه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه وان لزم منه المال لحصوله بطريق الضمن فلم يمنع صحة التصرف

(فصل) وان خالع صح خلعه لانه اذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع اليه وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وقال القاضي يصح وسنذكر ذلك في باب الخلع فان قلنا : لا يصح القبض فأتلفه بعد قبضه فلا ضمان عليه ولا تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانها سلطته عليه .

(مسئلة) وهل يصح عتقه؟ على روايتين (إحداهما) لا يصح وهو قول القاسم بن محمد والشافعي (والثانية) يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولانه تبرع فاشبه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح كعتق الصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فان الحجر عليهما لحق غيرهما وفي عتقهما خلاف أيضا قد ذكرناه

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لان ذلك محض مصلحة لأنه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ويصح استيلاده وتعتق الأمة المستولدة بموته لانه اذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه أولى وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع للتشفي والانتقام وهو من أهله وله العفو على مال لأنه تحصيل للمال لا تضييع له ، وإن عفا على غير مال وقلنا الواجب القصاص عيناً صح عفوه لأنه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا أحد شيئين لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين

اولى، وله المطالبة بالقصاص لانه موضوع للتشفي والانتقام ، وهو من أهله وله العفو على مال لانه تحصيل للمال لا تضييع له ، وان عفا على غير مال نظرت فان قلنا الواجب القصاص عينا صح عفوه لانه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا احد الشيئين لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو احد الشريكين ، وان احرم بالحج صح إحرامه لانه مكلف احرم بالحج اشبه غيره ، ولان ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته ثم ان كان احرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه ، وان كان تطوعا فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت اليه لانه لا ضرر في إحرامه وان كانت نفقة السفر أكثر فقال أنا أكتسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لا يضر بماله ، وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير اذن سيده ، وان حنث في يمينه أو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان كفر بالصيام لذلك ، وان

وان أحرم بالحج صح لانه مكلف أشبه غيره ولانه عبادة فصحت منه كسائر العبادات فان كان أحرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه وان كان تطوعا وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت لانه لاضرر في إحرامه فان زادت نفقة السفر فقال : انا اكسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لايضر بماله وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما في مضيه فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله ، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد اذا أحرم بغير إذن سيده وان لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل أو وطء في نهار رمضان كفر بالصيام لما ذكرنا وان أعتق أو اطعم لم يجزه لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس ، وبهذا قال الشافعي، ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحة عتقه وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه وان نذر الصدقة بمال لم يصح منه وكفر بالصيام فان فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك الحجر عنه أنه يلزمه أداؤه وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به)

وجملة ذلك ان المحجور عليه لسفه أو فلس إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والقذف والقتل والشرب أو قطع اليد وما أشبههما فانه يصح اقراره ويلزمه حكم ذلك في الحال بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان اقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وان الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه غير متهم في حق نفسه والحجر انما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول الأكثرين ، وقال ابن أبي ليلى لا يقع لان البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال

أعتق أو أطعم عن ذلك لم يجزه ؟ وبهـذا قال الشافعي لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه ، وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه ، وان نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام . وإن فك الحجر عنه قبل تـكفيره فى هذه المواضع كلها لزمه العتق ان قدر عليـه ومقتضى قول أصحابنا انه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك عنه فانه يلزمه أداؤه وان فك بعد تـكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

(فصل) وان أقر بنسب ولد قبل منه لانه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقراره بالحد والطلاق ، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لان ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره)

وجملته ان السفيه اذا أقر بمال كالدين أو بما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه

ولنا ان الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالاقرار منه بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولانه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل) وان أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لانه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه الى مال ولانه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالاقرار به ابتداء فعلى هذا القول يسقط القصاص ولا يجب المال في الحال

(فصل) وان اقر بنسب ولد قبل منه لانه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقراره بالحد والطلاق واذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة .

﴿ مسئلة ﴾ (قال وان أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ويحتمل أن لا يلزمه مطلقا)

اذا أقر السفيه بمال كالدين أو ما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فأشبه الصبي والمجنون ولانا لو قبلنا اقراره في ماله لزال فائدة الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ كاقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال ، وظاهر قول الاصحاب أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه ، وهو قول أبي ثور واختيار الخرقي لانه مكلف أقر بما يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بالدين وكاقرار الراهن على الرهن وكاقرار المفلس ، ويحتمل أن لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي لانه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولا المنع من نفوذ اقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر عنه لم يفد الا تأخير الضرر عليه الى أكمل حالتيه

وسرقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فلم يصح اقراره بالمال كالصبي والمجنون ولانا لوقبلنا اقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كاقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، ومقتضى قول الخرقي انه يلزمه ما أقر

وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغرماء بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا انتفى الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سببا وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لا يثبت بعد فك الحجر ولان الحجر لحق الغير فلم يمنع تصرفهم في ذممهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف قلبه وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون . فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداؤه لانه علم أن عليه حقا فلزمه أداؤه كما لو لم يقر به، وان علم فساد اقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن أتلف مال من دفعه اليه بقرض أو بيع لم يلزمه أداؤه لانه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه كما لو لم يقر به

(مسئلة)(وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون على ما ذكرنا من قبل)

لانه محجور عليه لحظه فهو كالصبي والمجنون

(مسئلة) قال الشيخ رحمه الله (وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله اذا احتاج اليه)

وان كان غنيا لم يجز له ذلك اذا لم يكن أبا لقول الله تعالى (فمن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) واذا كان فقيراً فله أقل الامرين أجرته أو قدر كفايته لانه يستحقه بالعمل والحاجة جميعا فلم يجز أن يأخذ الا ما وجدا فيه وقال ابن عقيل يأكل وان كان غنيا قياسا على العمل في الزكاة والآية محمولة على الاستحباب والاول أولى لظاهر الآية

(مسئلة) (وهل يلزمه عوض ذلك اذا أيسر ؟ على روايتين)

أما اذا كان أبا فلا يلزمه رواية واحدة لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وان كان غير الاب لم يلزمه عوض ذلك في احدى الروايتين وهذا قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لان الله تعالى أمر بالاكل من غير ذكر عوض فأشبه سائر ما أمر بأكله، ولانه عوض عن عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لانه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر الى طعام غيره ، والاول أصح لانه لو وجب عليه اذا أيسر لكان واجبا في الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس سببا للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو الاكل لم يجب بعده وفارق المضطر فان العوض واجب عليه في ذمته ، ولانه لم يأكله عوضا عن شيء وهذا بخلافه

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الناظر في الوقف) قياسا عليه

(مسئلة) (ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعديا أو ما يوجب ضمانا فالقول قول الولي)

اذا ادعى الولي الانفاق على الصبي والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى

به بعد فك الحجر عنه وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبي ثور لانه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن على الرهن والمفلس على المال ، ويحتمل أن

أنه باع عقاراً لحظه أو بناه لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي : لا يمضي الحاكم بيع الامين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينه ولا يقبل قولهما في ذلك ويقبل قول الاب والجد . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالاب والجد ، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالاب، واذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل الا ببينة ، فان لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه، وان قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين وقال الغلام انما مات أبي منذ سنتين فقال القاضي القول قول الغلام لان الاصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أمينا فيه فقدم قول من يوافق قوله الاصل

﴿مسألة﴾ (وكذلك القول قوله في دفع المال اليه بعد رشده)

لانه أمين فأشبه المودع ، ويحتمل أن القول قول الصبي لان أصله معه ولان الله سبحانه قال (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) فمن ترك الاشهاد فقد فرط فلزمه الضمان والاول المذهب وكذلك الحكم في المجنون والسفيه

﴿مسألة﴾ (وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين)

(احداهما) ليس له الحجر عليها وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي (والثانية) ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا باذن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت بعتق جارية ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها ، قال له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا » فقالت نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال « هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ » فقال نعم فقبله . رواه ابن ماجه ، وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بما لها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال« تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها » والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به، واذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض

ولنا قول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولا استفصل ، وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزئهن أن يتصدقن على أزواجهن وايتام لهن ، فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير اذن كالغلام ، ولان المراة من اهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في

لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال وهذا مذهب الشافعي لانه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد الا تأخير الضرر عليه الى أكمل حالتيه وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن

التصرف بجميعه كاختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يذكر عبد الله بن عمرو فهو مرسل ويمكن حمله على انه لا يجوز عطيتها من ماله بغير اذنه بدليل انه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث والتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل ، ولا يصح قياسهم على المريض لوجوه

(احدها) ان المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية انما تجعله من اهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لايزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فانها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه على أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعاً

﴿ فصل ﴾ في الاذن . قال الشيخ رحمه الله (يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين)

ويصح تصرفه بالاذن وهذا قول ابي حنيفة (والثانية) لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز . ولان العقل لايمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به للتصرف لخفائه وتزايده تزايداً خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل يغبن أم لا ، ولانه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة الى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه ، قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه وقد ذكرناه فيما مضى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز ذلك لسيد العبد)

بغير خلاف نعلمه لان الحجر عليه انما كان لحق السيد فجاز له التصرف باذنه لزوال المانع

﴿مسئلة﴾ (ولا ينفك عنهما الحجر الا فيما اذن لهما فيه وفي النوع الذي أمرا به)

لان تصرفه إنما جاز بأذن وليه وسيده فزال الحجر في قدر ما أذنا فيه دون غيره كالتوكيل ،

ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا انتفى الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سبباً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر. ولان الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بان

فان دفع السيد الى عبده مالا يتجر فيه كان له ان يبيع ويشتري ويتجر به وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز ، وان عين له نوعاً من المال يتجر فيه لم يكن له ان يتجر في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لان اذنه اطلاق من الحجر وفك له والاطلاق لا يبعض كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينتقض بما اذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالاذن الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد

﴿مسئلة﴾ (وان اذن له في جميع انواع التجارة لم يجز ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره)

وبه قال الشافعي وجوزها أبوحنيفة لانه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب ، ولنا انه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزويجه وقولهم يتصرف لنفسه ممنوع انما يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب فان المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبتاع من سيده

﴿مسئلة﴾ (وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين)

(إحداهما) لايجوز لانه تصرف بالاذن فاختص بما أذن فيه ولم يؤذن له في التوكيل (والثانية) يجوز لانهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائبهم كالمالك الرشيد ولانه أقامه مقام نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة في العبد يصير مأذوناً له لانه سكت عن حقه فكان مسقطاً له كالشفيع اذا سكت عن طلب الشفعة

ولنا أنه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت أو باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الاجانب ويخالف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور

﴿مسئلة﴾ (وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أويسلمه وعنه يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق الا المأذون له هل يتعلق برقبته أوذمة سيده ؟ على روايتين)

يقال ادان واستدان وتداين بمعنى واحد والعبد قسمان: محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضا سيده مثل ان يقترض ويشتري شيئاً في ذمته ففيه روايتان (احداهما) يتعلق برقبته اختارها الخرقي وأبو بكر لانه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كالاتلاف (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهو مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الامة وكالحر (القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل

يلزمهم بعد زوال حق غيره والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية او دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه اداؤه لانه علم ان عليه حقا فلزمه

يتعلق برقبته أو ذمة سيده ، على روايتين (إحداهما) يتعلق برقبته وهو ظاهر قول أبي حنيفة لانه قال يباع إذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه يتعلق برقبته لانه دين ثبت برضا من له العين فيباع فيه كما لو رهنه (والثانية) يتعلق بذمة السيد وهو الذي ذكره الخرقي فعلى هذه الرواية يلزم مولاه جميع ما ادان ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه ، وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضا من له الدين اشبه غير المأذون أو فوجب ان لا يتعلق برقبته كما لو اقترض بغير إذن سيده ووجه قول الخرقي أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته واذن فيها فصار ضامنا كما لو قال لهم داينوه او اذن في استدانة تزيد على قيمته، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها او فيما لم يؤذن له فيه مثل ان اذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فانه لا ينفك عن التغرير اذ يظن الناس انه مأذون له في ذلك ايضا

(فصل) فأما اروش جناياته وقيم متلفاته فهي متعلقة برقبة العبد سواء كان مأذونا له اولا رواية واحدة وبه يقول ابو حنيفة والشافعي وكل ما تعلق برقبة العبد خير السيد بين تسليمه للبيع وبين فدائه فاذا بيع وكان ثمنه اقل مما عليه فليس لرب الدين الا ذلك لان العبد هو الجاني فلم يجب على غيره شيء وان كان ثمنه اكثر فالفضل للسيد ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد ان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعه اليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضاً عن الجناية وليس هذا صحيحاً فان المجني عليه لا يستحق اكثر من قدر ارش الجناية عليه فهو كالو جنى عليه حر والجاني لا يجب عليه اكثر من ارش جنايته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم انه دفعه عوضاً لانه لو كان عوضاً لملكه المجني عليه ولم يبع في الجناية وانما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقي وكذلك لو أتلف درهما لم يبطل حق سيده منه منه بذلك وان عجز عن أداء الدراهم من غير ثمنه فان اختار السيد فداءه لزمه أقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لان أرش الجناية ان كان اكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وانما تجب قيمته وان كان أقل فلم يجب بالجناية الا هو وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لانه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بارش الجناية فاذا منع منه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين

(فصل) فان تصرف العبد غير المأذون ببيع أو شراء بعين المال لم يصح لانه تصرف من المحجور عليه فيما حجر عليه فيه أشبه المفلس وقياساً على تصرف الاجنبي، ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كتصرف الفضولي ، فأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفيه ، ويحتمل أن يصح لان الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ، ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف ان كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله ان كان مثلياً ، فان تلف في يد السيد رجع عليه بذلك

اداؤه كما لو لم يقر به ، وان علم فساد اقراره مثل ان علم انه اقر بدين ولا دين عليه او بجناية لم توجد منه او اقر بما لا يلزمه مثل ان اتلف مال من دفعه اليه بقرض او بيع لم يلزمه اداؤه لانه يعلم انه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به

لان عين ماله تلف في يده وان شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لانه الذي أخذه منه ، وان تلف في يد العبد فالرجوع عليه وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين ، وان قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض لانه قد تحقق اعسار المشتري والمقترض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وان كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك لانه أخذ من عبده مالا في يده بحق فهو كالصيد ، فاذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال فان كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد

﴿ مسئلة ﴾ (واذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين)

لانه مملوكه فلا يثبت له دين في ذمته كغير المأذون له أو لمن لا دين عليه ويصح في الآخر اذا كان عليه دين بقدر قيمته لانا إذا قلنا إن الدين يتعلق برقبته فكانه صار مستحقاً لأصحاب الديون فيصير كعبد غيره.

﴿مسئلة﴾ (ويصح اقرار المأذون له في قدر ما اذن له فيه دون مازاد عليه)

لانه لم يؤذن له فيه فهو كغير المأذون له ولان الذي أذن له فيه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كالحر

﴿مسئلة﴾ (وان حجر عليه وفي يده مال ثم اذن له فيه فأقر به صح)

لان المانع من صحة اقراره الحجر عليه وقد زال ولانه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كما لو لم يحجر عليه وقياساً على غيره من الاحرار

﴿مسئلة﴾ (ولا يبطل الاذن بالاباق)

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبطل لانه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لايجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه . ولنا ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصب غاصب او حبس بدين عليه ولا يصح ماذكروه فان سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب

﴿مسئلة﴾ (ولايصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب) لان ذلك ليس من التجارة ولا يحتاج اليه فيها فأشبه غير المأذون له

﴿مسئلة﴾ (وتجوز هديته للمأكول واعارة دابته)

واتخاذ الدعوة ما لم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بغير اذن سيده لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة الدراهم ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك فروى أبو سعيد مولى بني اسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وابوذر فامهم وهو يومئذ عبد رواه صالح في مسائله باسناده ولانه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم فيدخل في عموم الاذن

(فصل) إذا اذن ولي السفيه له في البيع والشراء فهل يصح منه ؟ على وجهين (احدهما) يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح ولانه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالاذن فيه كالصبي يحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالاذن فههنا اولى ولانا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثاني) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا اذن له فقد اذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو اذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهذين والله اعلم

﴿مسئلة﴾ (وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه اذا لم يضربه ؟ على روايتين)

(إحداهما) ليس له ذلك لان المال لسيده وانما أذن له في الاكل فلم يملك الصدقة به كالضيف ولا يتصدق بما أذن له في اكله (والثانية) يجوز لانه مما جرت العادة بالمسامحة فيه والاذن عرفا فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها

﴿مسئلة﴾ (وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير اذنه بنحو ذلك؟ على روايتين)

(احداهما) يجوز لان عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما انفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها اجرها وله مثله بما كسب ولها بما انفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من اجورهم شيء» ولم يذكر اذنا ، وعن اسماء انها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: ليس لي شيء الا ما ادخل علي الزبير فهل علي جناح ان ارضخ مما يدخل علي . قال « ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك » متفق عليهما. وروي ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: إنا كل على أزواجنا وأبنائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال «الرطب تأكلينه وتهدينه» ولان العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الاذن كما ان تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الاذن في أكله

(والثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها الا باذن زوجها» قيل يارسول الله ولا الطعام قال «ذاك أفضل أموالنا» رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لايحل مال امريء مسلم الاعن طيب نفس منه» وقال «ان الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» ولانه تبرع بمال غيره بغير اذنه فلم يجز كغير الزوجة ، والصحيح الاول لان الاحاديث فيه خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبنيه ويعرف ان المراد بالعام غير الصورة المخصوصة والحديث الخاص للرواية الثانية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كانه قال لها افعلي هذا . فأما ان منعها ذلك وقال لا تتصدقي بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك لان المنع الصريح نفي الاذن العرفي وكذلك لوكانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالذي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول فان كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه فهو كالزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه والله اعلم

﴿ تم طبع الجزء الرابع بعون الله ويليه الجزء الخامس بمشيئته وأوله (كتاب الصلح) ﴾

فهرس الجزء الرابع من كتابي المغني والشرح الكبير

«أكثر مواد هذا الفهرس يتفق فيها الكتابان وما اختلف فيه ترتيبها بيناه باثبات رقم صفحات الآخر تارة عن يسار السطور وتارة باعادة ذكر المادة مع رقمها في الكتاب الآخر ولو بلفظ آخر»

صفحة

(كتاب البيوع)

صفحة

صفحة

صفحة

